

**CONEXÕES ENTRE DIREITO E POLÍTICA:
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
POR MEIO DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL**

Juliana de Brito Giovanetti Pontes*

Resumo: O surgimento das constituições escritas provocou diversas transformações nas ordens sociais, como a proteção aos direitos e garantias fundamentais, antes não previstos no texto constitucional e dificilmente assegurados pelo poder público. Com a decadência das doutrinas jusnaturalista e positivista, foram inseridos nos sistemas jurídicos elementos que objetivaram tornar as normas constitucionais mais efetivas e assegurar o cumprimento dos direitos. Entretanto, a crise do direito legislado e do Poder Legislativo dá início à prática do ativismo judicial como forma de solucionar questões não previstas expressamente nas normas fundamentais. O presente trabalho propõe-se a analisar a busca pela efetividade das normas constitucionais e o fenômeno do ativismo judicial no Brasil, e verificar as consequências decorrentes dessa conduta pró-ativa do Judiciário a partir da conexão existente entre direito e política. O objetivo do presente artigo foi alcançado por meio da análise das referências acerca do ativismo judicial, constituindo uma pesquisa de caráter exploratório.

Palavras-chave: constitucionalismo da efetividade; direitos fundamentais; ativismo judicial.

1 Introdução

O termo “constitucionalismo” está relacionado às modificações ocorridas nos âmbitos econômico, social e jurídico, e no modo como estava estruturado o aparelho estatal. Ao longo dos séculos, as transformações nos sistemas normativos existentes na Europa possibilitaram o surgimento de institutos que seriam utilizados pelas jurisdições que estavam surgindo.

* Bolsista da Capes pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Linha de pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos.

No século XVIII, diversos fatores determinaram o advento das constituições, podendo ser destacado o declínio das concepções que procuravam fundamentar o direito: o jusnaturalismo, ao afirmar a superioridade dos indivíduos, atribuía-lhes direitos de caráter natural e inalienável, protegidos pelo Estado. A influência do Iluminismo levaria ao extremo o emprego da Razão nas diversas áreas do conhecimento, refletindo-se também nas relações políticas por meio da exigência da racionalização do poder. Consequentemente, a sociedade passou a rejeitar o absolutismo dos monarcas, ganhando repercussão os movimentos que defendiam as limitações aos poderes dos governantes.

Como ponto de partida dessas alterações, pode-se verificar que o exercício do poder pelos soberanos ou representantes eleitos pela sociedade acompanhou a evolução do próprio Estado, juntamente com os respectivos sistemas de governo. Os sistemas jurídicos também refletiram esses aspectos, ora conferindo maior normatividade a certos direitos, ora reduzindo o âmbito de proteção destes. Destaca-se o Estado Moderno como o marco das transformações que possibilitaram o surgimento do constitucionalismo durante o Estado Liberal.

2 A superação do Estado Moderno e advento do Estado Liberal como elementos favoráveis ao constitucionalismo

O Estado Moderno teve origem no processo de mudanças socioeconômicas operadas a partir da decadência do sistema feudal e da ascensão do capitalismo. O modo de vida urbano favoreceu o surgimento da classe social burguesa. O poder local e disperso, comum na Idade Média, tornou-se concentrado na figura do soberano, o qual detinha todas as funções necessárias à manutenção do aparelho estatal, unificando politicamente o reino. Assim, “o Estado Moderno aparece como ordem política soberana e com perfil histórico específico” (SALDANHA, 2010, p. 40).

A concentração do poder no monarca ocasionou o advento de uma justiça do rei; a unificação do direito fez com que novas cortes de justiça fossem criadas, as quais passaram a manter conexões com o poder real. Competências foram formuladas, havendo, a partir desses fatores, tendência à sistematização do processo (SALDANHA, 2010). Assim, o Estado Liberal foi o resultado da insatisfação das lideranças nacionais europeias com o Estado Absoluto e as revoluções subsequentes, que enfraqueceram o poder exercido nessa fase – as denominadas revoluções burguesas. O racionalismo no qual estava baseado o modo de ser da sociedade e a secularização da cultura conflitavam com o Estado Moderno.

A sucessão do monarca passou a sofrer questionamentos em face do ideal de autogoverno do povo, pois alguns não consideravam racional a manutenção do poder em decorrência de aspectos relacionados à descendência do rei. Para tanto, era necessária a fundamentação ao exercício do poder por aquele governante. Além disso, o conceito de soberania passou a ser compartilhado pela comunidade nacional, o que gerou profundas modificações no modo de estruturação do Estado Moderno, resultando nas revoluções burguesas.

O liberalismo sofreu influências da teoria jusnaturalista e do contratualismo, somados ao contexto do Iluminismo. O jusnaturalismo, concepção objetiva relacionada à existência de leis eternas, buscava a permanente aspiração da justiça, sendo ela inerente à natureza humana, já que, para tal doutrina, a ordem de princípios que deve reger a sociedade não foi criada pelo ser humano; caracterizava-se pela espontaneidade, produto da criação pela natureza (NADER, 2007).

Defendia a presença de duas formas de manifestação do direito: o direito natural e o positivo. O direito natural compreendia uma ordenação justa e superior ao ordenamento jurídico positivo estatal, servindo como fonte para a criação das regras formais do Estado. Os códigos e as leis seriam o resultado da observação do direito natural, caracterizado por ser eterno, universal e imutável (NADER, 2007).

Por sua vez, o contratualismo exerceu importante papel no ideal liberalista ao defender que o contrato originário representou o início para a necessidade de um acordo de vontades para que o exercício do poder fosse legitimado. Ao contrário da legitimidade apresentada durante o Estado Moderno, no Estado Liberal esta se concentrava na ligação entre os depositários do poder e seus destinatários. Desse modo, cria-se o conceito de cidadão, como o homem livre, capaz de obedecer às leis e a si mesmo.

Consequentemente, a maior valorização do ser humano e a noção de cidadão tornaram possível o aparecimento da democracia; o Estado Liberal combatia a circunstância de, no absolutismo, o poder concentrar-se no rei, não sendo compartilhado pelo povo nem a ele permitido o seu exercício.

A coexistência do liberalismo e da democracia favoreceu novas dimensões acerca do governo e do exercício do poder. No liberalismo, aceitava-se que, se o povo não governasse, o poder deveria ser dividido – o poder do Estado limitado. Ao passo que a democracia aceita o Estado e o valoriza como um meio para a efetivação de um governo popular, o liberalismo defende a redução máxima do Estado (SALDANHA, 2010).

Constituindo uma forma de governo, democracia significa que, em oposição às monarquias e às aristocracias, o povo governa, implicando um Estado no qual existe alguma forma de igualdade política entre o povo (HELD, 1987).

Nascido com a função de assegurar os direitos dos cidadãos, o Estado Liberal estabeleceu, por isso, limites ao exercício do poder juntamente com a relação deste e os direitos do povo; portanto, o Estado tinha por objetivo a garantia daqueles direitos, devendo assim respeitar o princípio da separação dos poderes.

Visando à efetivação desse princípio, o Estado necessitou de um instrumento jurídico, que acabou por convertê-lo em Estado Constitucional: a Constituição. Importante transformação nesse aspecto foi que a arena política contemporânea passou a empregar o termo Estado Constitucional para nomear o Estado que não atribuía o poder absoluto ao governante.

Nesse período, o Estado manteve seus elementos de composição, permanecendo como nação organizada politicamente; a soberania foi conferida ao povo, e o

direito continuou a ser unificado, surgindo os códigos e demais legislações. Os responsáveis pela elaboração das constituições acreditavam que os mandamentos nelas existentes eram naturalmente justos e considerados superiores aos costumesiros: “Dois movimentos paralelos, baseados sobre fundamentos idênticos, deram ao Estado Liberal sua forma jurídica: o das Constituições e o das codificações” (SALDANHA, 2010, p. 81). Portanto, deveriam ser organizados e aplicados estritamente conforme a positivação e nas hipóteses previstas.

A partir do movimento constitucionalista, o jusnaturalismo e o positivismo clássico entraram em crise e começaram a ser superados, e instaurou-se uma nova ordem no que se refere às constituições e à efetivação de seus mandamentos. O direito passou a ser estudado, criado e aplicado de modo formal devido à herança do pensamento racionalista e sistemático.

Por conseguinte, no século XVIII, as transformações nos aspectos sociais, políticos e jurídicos originadas pelas modificações nas formas de organização do Estado fizeram com que os ordenamentos considerassem a lei como fonte exclusiva do direito, não sendo atribuída normatividade a algumas das constituições existentes na Europa continental. A proteção aos direitos fundamentais ocorria apenas com a proteção das demais normas não integrantes da Constituição, que nem sempre impediam o descaso ou o arbítrio cometidos pelo poder público durante o período anterior à Segunda Guerra Mundial. Nessa fase, as constituições foram consideradas unicamente programas políticos, os quais apenas sugeriam ações por parte dos legisladores, não podendo tais questões ser enviadas ao Poder Judiciário para a promoção da defesa dos direitos fundamentais.

O Estado de Direito, consagrado no século XIX, teve, no direito e na Constituição, as origens do sistema jurídico e as limitações ao exercício do poder. Atribui-se também ao Estado de Direito o prestígio do ordenamento jurídico, que foi valorizado em virtude de sua maior amplitude em face do Estado Constitucional. Com isso, exigiu-se o respeito por parte do Estado às normas jurídicas, uma vez que membros do Executivo impunham condutas que ultrapassavam os limites entre direito e arbítrio.

Aqui, a ciência jurídica teve por objetivo o estudo das normas que integravam a norma jurídica vigente, por isso, consideravam os positivistas clássicos que a justiça era um ideal irracional, destacando a importância do *ser* do direito, a relevância da lei, independentemente de seu conteúdo. Não havia para o legislador qualquer condicionamento ou limite na tarefa de organizar o sistema jurídico.

Como resultado ao advento do constitucionalismo, durante o pós-guerra, especialmente na Itália e na Alemanha, observou-se significativa mudança com relação à importância dada às constituições, que passaram a ser escritas. Como as maiorias políticas pretendiam manter-se no controle do poder por meio da prática de arbitrariedades, novas constituições foram elaboradas, passando a fortalecer a jurisdição constitucional por meios que garantissem a proteção aos direitos fundamentais mesmo em face do Poder Legislativo.

Novas formas de hermenêutica constitucional foram utilizadas, com o propósito de realizar uma interpretação extensiva e abrangente do conteúdo constitucional pelo Poder Judiciário, fortalecer o fenômeno de constitucionalização do sistema jurídico, ampliar a influência das constituições sobre todo o ordenamento e conduzir à adoção de novas normas e institutos nos mais variados ramos do direito (SARMENTO, 2008).

O ordenamento constitucional, bem como as interpretações que foram feitas em relação a ele, permitindo o julgamento de questões de grande relevância social, evidenciou a atribuição de maior importância ao Poder Judiciário, destacando-se, com isso, a função dos magistrados e das cortes constitucionais – torna-se um poder expressivo e com grande relevância ao receber a tarefa para decidir tais questões.

A superação do positivismo clássico permitiu que fosse incorporada como elemento dos novos sistemas jurídicos a força normativa da Constituição, no intuito de tornar as normas mais efetivas e assegurar o cumprimento dos direitos e das garantias previstos nas novas cartas fundamentais. Esse rompimento foi representado pelo neoconstitucionalismo.

A proteção anteriormente conferida aos direitos fundamentais envolvia o controle feito pelo poder Legislativo. Com a reconstitucionalização ocorrida em muitos ordenamentos jurídicos, os direitos fundamentais passaram a ser protegidos pelo Poder Judiciário contra o poder político majoritário que antes limitava a sua proteção e utilização. Por conseguinte, o poder público passou a cumprir as normas imperativas constitucionais, além de respeitar o caráter obrigatório e vinculativo de suas disposições.

3 O surgimento do neoconstitucionalismo e as transformações nos ordenamentos jurídicos

Ao contrário do constitucionalismo, que empregou a limitação ao poder arbitrário estatal e a imposição de constituições escritas, o neoconstitucionalismo permitiu que o Estado utilizasse mecanismos para harmonizar o equilíbrio social, sem, no entanto, limitar o exercício das garantias previstas na Constituição tanto em relação ao poder público quanto em relação aos indivíduos. Observa-se, no neoconstitucionalismo, a busca pela efetividade das normas constitucionais.

No Brasil, como decorrência da atribuição de normatividade à Constituição, surge a doutrina da efetividade, que procurava superar algumas disfunções na formação do ordenamento jurídico nacional, evidenciadas na ausência de determinação política para o exercício das disposições constitucionais e no uso da Constituição unicamente como instrumento ideológico. O objetivo da doutrina da efetividade era tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e indiretamente na maior extensão de sua densidade normativa (BARROSO, 2008a).

A efetividade compreende a aplicabilidade da norma como modo de realização e desempenho concreto da função social do direito, a materialização dos

mandamentos normativos e a aproximação do dever-ser normativo com o ser do âmbito social; na maior parte das vezes, a efetividade das normas jurídicas advém do seu cumprimento com espontaneidade (BARROSO, 2000).

A importância atribuída aos princípios e valores, considerados, a partir desse momento, integrantes dos novos ordenamentos jurídicos, a propagação dos efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, influenciando as atividades de todos os poderes do Estado, o uso da ponderação como método de interpretação constitucional e a maior atuação dos juízes na interpretação das disposições constitucionais são características do neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo compreende, assim, a proteção e efetivação dada pelo Estado aos direitos fundamentais, praticando, ao mesmo tempo, atos de controle social, político e jurídico e abstando-se do exercício de arbitrariedades no exercício dos seus atos de poder. É um conjunto de teorias que procura explicar a reconstitucionalização do direito, ocorrida no período posterior à Segunda Guerra Mundial, no qual passaram a ser adotados valores, princípios e mecanismos aptos a controlar a constitucionalidade das normas.

Com tais modificações nas ordens jurídicas, o princípio da separação dos poderes passou a ser interpretado com flexibilidade, sendo adotados posicionamentos mais favoráveis à atuação do Judiciário em proteção aos valores constitucionais. Elementos filosóficos, históricos e teóricos foram responsáveis por fundar o neoconstitucionalismo (BARROSO, 2007).

O pós-positivismo não desprezou o direito já positivado para alcançar a legalidade, mesmo sem recorrer às ideias originadas na natureza para aplicar uma dimensão moral do direito; estabeleceu uma nova proteção aos direitos fundamentais baseada na dignidade humana que não aquela impeditiva da ação do Estado – presente no constitucionalismo clássico – fundada na prática de arbitrariedades por parte do poder público. Desse modo, observou-se que ambas as teorias – jusnaturalismo e juspositivismo – eram complementares.

Foram reintroduzidas, na ordem jurídica, as ideias de legitimidade e justiça para a compreensão das normas. Ao mesmo tempo, o sistema jurídico deixou de ser visto como um conjunto formal e fechado de leis, havendo a efetiva utilização dos princípios jurídicos como espécies normativas que incorporam valores. A ciência jurídica passou a defender a integração entre as instituições estatais e os princípios integrantes do sistema jurídico.

O pós-positivismo enfrentou a necessidade de desenvolvimento de instrumentos aptos a lidar com a dialética do direito ao solucionar interesses conflitantes. Além disso, procurou a harmonia entre o direito e a moralidade social. A nova interpretação das normas ocorre de forma mais legítima e compatível com os fatos sociais por meio da aplicação dos princípios jurídicos.

A hermenêutica jurídica desenvolveu a teoria dos princípios sobre a das regras. Foi esta uma forma de obter o equilíbrio entre flexibilidade e vinculação para os conflitos entre direitos fundamentais. Pela teoria das regras, prevalece a dimensão da validade ou não validade, sendo necessárias decisões que permitam a aplicação

integral da regra, as denominadas decisões do tipo *tudo ou nada*, que mantém a pretensão de exclusividade na aplicação das regras. Por sua vez, a teoria dos princípios procura encontrar soluções adequadas às pretensões sociais, que sejam simultaneamente vinculantes e flexíveis (CAMBI, 2007). A força normativa da Constituição determinou a superioridade de suas normas perante as demais constantes no ordenamento.

Sob uma perspectiva Kelseniana, ela é a norma primeira, decorrente da *grundnorm*, sendo a supremacia uma consequência dessa gênese cronológica. Funciona como “norma-origem”, a primeira cronologicamente instituída (AGRA, 2005, p. 6).

Antes, a Constituição era vista como um documento essencialmente político, uma sugestão à atuação dos poderes públicos. A concretização das propostas constitucionais era condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. O Judiciário não possuía qualquer papel relevante na realização do conteúdo constitucional.

4 O constitucionalismo da efetividade e a crise da pós-modernidade no Estado Democrático de Direito

Por longo período, a função jurisdicional esteve ligada à ideia de reprodução do conteúdo das leis, conforme a corrente doutrinária do pensamento sistemático ou normativo. Com o advento do controle de constitucionalidade, os juízes passaram efetivamente a submeter as leis a serem aplicadas ao caso concreto, e, assim, tornou-se ineficiente uma atuação do Judiciário meramente reveladora do sentido das normas em abstrato e sua aplicação ao caso específico.

Como resultado das alterações no modo de julgar as controvérsias cuja solução não é prevista constitucionalmente, decorre o inevitável choque entre a suposta vontade do legislador (decorrente da maioria legislativa) e a decisão judicial, revelando que o posicionamento do magistrado a favor da maioria ou minorias envolve questões políticas. Poderá o Executivo não cumprir suas obrigações relacionadas aos valores constitucionais e, assim, desrespeitar as garantias conferidas aos cidadãos. Nessa hipótese, o Judiciário também atua visando suprir a omissão.

O ato de tornar válidos os direitos contidos no Texto Maior em todas as situações levadas ao Judiciário fez com que este assumisse um novo modo de atuação no Estado Democrático de Direito. Os valores trazidos pela Constituição passaram a nortear a atividade jurisdicional, que aceitou a atuação pública do referido poder na tarefa de tutela dos direitos.

A inserção dos direitos fundamentais nas constituições resultou em um novo modo de raciocínio jurídico por meio do qual tribunais e juízes começaram a exercer um juízo que aplica a otimização dos princípios no que se refere às possibilidades de fato e de direito, caracterizando a busca pelo constitucionalismo da efetividade diante da crise do direito legislado e do Estado Democrático de Direito em atender às demandas sociais.

Como resultado da pós-modernidade e das dúvidas trazidas por ela, houve a quebra dos paradigmas ontológicos e a fragmentação social, resultando no aumento do número de conflitos. A inexistência de parâmetros que visassem atender às expectativas do povo e normalizá-las deu origem à referida crise; do mesmo modo, houve o enfraquecimento dos órgãos estatais, provocado pelo liberalismo no plano econômico (AGRA, 2005).

Em relação aos efeitos da crise da pós-modernidade no Estado Democrático de Direito, duas motivações podem ser elencadas: a primeira diz respeito às economias capitalistas, que criaram grande complexidade social, conduzindo às crises de interesses entre os grupos sociais; a partir desse fato, o Estado passou a implementar políticas públicas visando satisfazer de forma específica as expectativas do povo. A segunda motivação refere-se à inflação legislativa. Para adequar o sistema jurídico à evolução da sociedade, novos instrumentos são produzidos para se adequarem aos fatos sem que sejam contraditórios com as mais variadas esferas sociais.

Todas as esferas sociais foram atingidas pela pós-modernidade, e com o direito não foi diferente: tendo por finalidade regular as relações sociais, o direito formal – baseado em sua positivação e exagerado formalismo – também foi atingido, entrando em crise e afetando seriamente a eficácia de suas normas.

A crise da concepção formalista do Direito atinge de forma mais drástica a jurisdição constitucional que, pela relevância de suas decisões judiciais, muitas vezes oferece limites às decisões políticas, necessitando, por isso, de maior grau de legitimidade (AGRA, 2005, p. 73).

No entanto, os paradigmas existentes dificultam a procura pela legitimidade da jurisdição constitucional. Do mesmo modo, passam por crise o significado de Estado Democrático de Direito, o conceito de Constituição, os limites da atuação do Judiciário. A crise constitucional deriva dos conflitos sociais, quando a Constituição deixa de ser considerada parâmetro normativo. Dessa forma, a Lei Maior perde a eficácia, a sua força normativa (HESSE, 1991).

A crise constitucional pode ser mais bem observada por meio das normas programáticas, que não conseguem obter eficácia negativa ou positiva, nem mesmo concretizam o conteúdo da Constituição, impondo condutas a serem executadas pelos poderes constituídos. Portanto, a crise constitucional compreende a falta de eficácia dos mandamentos constitucionais diante dos múltiplos poderes normativos pertencentes às instituições reguladas a partir de decisões individuais (AGRA, 2005).

A partir desses aspectos, passa-se a discutir a legitimidade da jurisdição constitucional e do Judiciário. O debate surge quando as normas de direito legislado não atendem à maior parte das reivindicações populares.

5 Interpretação das normas pelo Judiciário: atividade interpretativa ou criação do direito?

A expansão da atuação do Judiciário tornou-se possível devido à densificação do princípio da supremacia das normas constitucionais, o que representou a

submissão de todos os poderes estatais às disposições contidas na Lei Maior. Também a inserção dos direitos fundamentais nas constituições resultou em um novo modo de raciocínio jurídico por meio do qual tribunais e juízes começaram a exercer um juízo que aplica a otimização dos princípios no que se refere às possibilidades de fato e de direito.

Sendo o instrumento que estabelece a interação entre direito e política, a Constituição recebe o atributo de transformar o poder constituinte originário em poder constituído, convertendo a atividade política em instituições do Estado. A Lei Maior atribui as competências aos poderes: ao Legislativo a criação do direito positivo, ao Executivo a administração das entidades estatais sua e manutenção, e ao Judiciário cabe a aplicação do direito quando da ocorrência de litígios entre partes (BARROSO, 2007).

A política caracteriza-se por conter posicionamentos valorativos, influências das experiências sociais, morais e emocionais de cada um dos membros que compõem o Legislativo e o Executivo no que se refere à adoção de posturas para decidir questões de caráter público. O Poder Judiciário utiliza-se de tais valorações nos casos não previstos na Constituição Federal e nos quais os outros dois poderes abstiveram-se em adotar seu posicionamento. Por isso, os casos práticos demonstram que eles não são totalmente indissociáveis, podendo ser considerada a existência de conexão de um campo sobre o outro. Segundo Barroso (2007, p. 17), “na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais”.

Barroso (2008b) afirma que as decisões judiciais possuem teor isento de questões políticas, mantendo-se totalmente independentes de questões tendenciosas, de livre escolha ou partidarizadas. Esse posicionamento defende que as decisões judiciais nunca serão políticas no que se refere à discricionariedade.

Para esses poderes, basta afirmar que o direito não é política, apesar de, na sua origem, ser produto desta – que são institutos independentes. Essa separação seria atingida por meio da atribuição de caracteres próprios da atividade do magistrado, que impliquem a independência entre as atividades do Legislativo e Judiciário, como as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos.

Mesmo havendo a referida crença de que o processo decisório não sofre influência das ideologias do magistrado e também do cenário político, a questão a ser julgada ganha contornos políticos pela possibilidade de uma política pública ser afetada pelos efeitos dessa decisão judicial.

A afirmativa de que a decisão é imune às influências políticas não se mantém, uma vez que a norma representa a vontade da maioria legislativa responsável por sua aprovação. A concordância ou discordância do juiz com o seu conteúdo demonstra que o magistrado tende a se posicionar em prol da vontade da maioria ou das minorias, com isso interferindo na democracia.

Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. Na verdade, como

se verá, no fundo sempre houve latente a possibilidade de conexão maior do que se pensava entre a arena política e o canal judicial (PAULA, 2011, p. 273).

Assim, verifica-se que os institutos da política e do direito não são indissociáveis. Com a multiplicação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos pós-positivistas e assim, marcados pelo neoconstitucionalismo, passou a ser protegida a ideia de que eles são compreendidos por princípios que podem ir de encontro em casos específicos, tornando-se uma exigência social a aplicação de cada um dos direitos fundamentais (PAULA, 2011).

Nesse contexto, deve-se observar, portanto, que nem todos os casos são passíveis de decisão com base nas leis preexistentes ou em teorias hermenêuticas acerca do modo pelo qual devem ser interpretadas: nas situações em que há ausência de normas específicas e cuja solução não é possível com recurso ao texto da norma, o uso de conceitos jurídicos indeterminados, as regras imprecisas ou a presença de normas que possuem modos de solução distintos favorecem a discricionariedade judicial, esta, contudo, não com o sentido de arbitrariedade. São os denominados casos difíceis ou inéditos (*hard cases* ou *leading*). O caso que comportar mais de uma solução é decidido pelo juiz de forma mais correta, justa, adequando-se aos elementos apresentados pelo caso concreto. Para isso, é necessária a interpretação judicial das normas.

A imprescindibilidade da interpretação decorre da amplitude normativa constitucional e da proteção a direitos conflitantes ou de conceitos vagos. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal, as teorias hermenêuticas e o texto constitucional são elementos que servem de fundamento para as decisões dos casos difíceis e também como limitadores da arbitrariedade que porventura possa vir a ser cometida pelo intérprete (MELLO, 2011).

Verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro uma tendência à progressiva conferência de efeitos normativos às decisões proferidas pelo STF. Essa tendência mostra-se presente na criação das súmulas vinculantes (Emenda constitucional nº 45/2004). Ela se verifica, igualmente, na expansão dos mecanismos de controle concentrado de normas, de que são exemplos a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (MELLO, 2011, p. 361).

O convencimento dos juízes constitui elemento importante na formação de sua convicção em determinadas matérias, sendo a fonte que contém a ideologia e se relaciona com o modo pelo qual uma decisão é adotada e fundamentada.

Correntes doutrinárias que justificam a ausência de discricionariedade no processo decisório não apresentam como consequência a circunstância de a atividade do Judiciário sofrer determinações conforme as regras do formalismo jurídico, pelo qual os magistrados estarão submetidos aos desígnios do poder, sendo o Judiciário reduzido a um poder subordinado ao reproduzir as palavras da lei, passando a jurisdição a ser uma atividade intelectual e impossibilitando o julgador de adicionar

uma parcela volitiva aos seus julgamentos. Segundo o formalismo, a tarefa do juiz deveria limitar-se a expressar a vontade da lei ou a vontade do legislador; qualquer atividade interpretativa estaria sobrepondo o Judiciário aos demais poderes do Estado, como também os magistrados estariam adotando uma postura ativista quando do julgamento das questões de sua competência (SILVA, 2004).

O posicionamento defendido pela corrente formalista também não evidencia o aspecto de que a legislação é um modo de criação do direito, modo diverso da criação realizada pelo Poder Judiciário, praticada por meio da interpretação das leis. O reconhecimento de que na interpretação do direito operado pelo Poder Judiciário há determinado grau de criatividade não significa que há criação do direito nos moldes do processo legislativo (CAPPELLETTI, 1999).

Na realidade, inexistente oposição entre os conceitos de criação do direito e de interpretação deste. Variam, sim, o grau de criatividade e os limites da criação do direito, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar os casos que lhe são apresentados. A criatividade e a discricionariedade são ínsitas à atividade interpretativa. Em alguma forma, toda interpretação é criativa, sempre existindo um grau mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional (CAPPELLETTI, 1999).

Contudo, poderá haver também maior espaço para a discricionariedade dos magistrados nas decisões quanto mais imprecisos forem os elementos do direito e mais vagas as leis. Essa é uma das causas da acentuação que teve o ativismo judicial.

O que caracteriza a função de um magistrado ou de um tribunal não é a ausência de criatividade na interpretação das leis, mas, sim, a ligação da decisão com as controvérsias e as partes integrantes do caso concreto, a imparcialidade do juiz e independência formal em relação às influências exercidas pelos poderes políticos (CAPPELLETTI, 1999).

[A] criatividade jurisdicional – criatividade do direito e de valores – é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. [...] Os juizes não podem fazer menos que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional (CAPPELLETTI, 1999, p. 103).

6 O ativismo judicial e a efetivação dos direitos fundamentais

Em vista da necessidade de interpretar as normas constitucionais e as disposições nelas contidas, buscando, dessa forma, atribuir-lhes novamente efetividade, o ativismo judicial passou a ser um fenômeno constante nas jurisdições constitucionais contemporâneas.

As decisões provenientes da jurisdição constitucional passaram a englobar questões políticas de forma mais ampla, simultaneamente exigindo a adoção de determinadas condutas pelos Poderes Legislativo e Executivo. O Poder Judiciário

passou a agir com um patamar de liberdade mais amplo, tanto como legislador negativo quanto positivo, visando sanar a inefetividade das disposições constitucionais.

A ideia do *judicial review* originou o controle de constitucionalidade difuso norte-americano, e o caso *Marbury versus Madison* (1803) foi o primeiro em que esse controle foi exercido sobre atos oriundos dos poderes políticos, evidenciando também a postura ativista da Suprema Corte americana. O termo ativismo, apesar de ter assumido relevância no âmbito jurídico, provém do contexto midiático, quando o jornalista Arthur Schlesinger Jr. publicou um artigo acerca das alianças e divisões dos juízes que integravam a Suprema Corte americana.

Esse fato destaca a complexidade quanto à definição do conteúdo do termo, que passou a ser utilizado tanto para indicar decisões com as quais não se concorda, bem como para fazer referência ao afastamento das leis ou à superação de precedentes. As discussões acerca dos limites do direito conduzem à análise da atuação dos órgãos governamentais na criação do direito. A ideia de que o direito é resultado unicamente da produção legislativa passou a ser questionada com a evolução das constituições e o ativismo judicial (PAULA, 2011).

O ativismo judicial compreende a ampla e intensa conduta de participação do Poder Judiciário visando alcançar os fins e valores inseridos no texto constitucional. É consequência da retração do Poder Legislativo, que afasta o atendimento das necessidades sociais por parte do poder público. O ativismo tem origem na jurisprudência norte-americana, que apresentou novas decisões em termos de direitos fundamentais e a criação de novas práticas políticas, sem que houvesse a efetivação dessas modificações pelo Congresso Nacional americano ou por decreto presidencial (BARROSO, 2008b).

Deve-se observar que o ativismo não é primeiramente classificado como legítimo ou ilegítimo, havendo graus de intensidade quando da sua prática; do mesmo modo, o ativismo é referente a uma questão de postura institucional, e não de correção das decisões judiciais; possui também caráter dinâmico e contextual, ou seja, a depender da situação – partes, sistema jurídico, matéria, entre outros aspectos – as decisões podem ser elaboradas com base em uma postura mais intensa ou restrita judicialmente; por fim, o ativismo judicial possui natureza multidimensional, significando que, a depender dos critérios adotados nas decisões dos magistrados, o ativismo se manifesta variadamente (CAMPOS; MOREIRA ALVES, 2011).

Em um primeiro momento, o termo ativismo poderia transmitir a ideia de atividade vedada à magistratura, uma vez que configura criação de normas jurídicas (COELHO, 2011). No entanto, é necessário que se analise o contexto social, político e jurídico no qual ocorre essa prática para que se possa verificar se a prática do ativismo está sendo ou não prejudicial à atuação dos poderes políticos estatais.

Deve-se distinguir o ativismo judicial da judicialização das questões políticas: o primeiro fenômeno diz respeito à afirmação do poder judicial para além dos limites impostos pela legislação positiva, com o objetivo de extrair as potencialidades do texto da Constituição a partir da criação de regras de conduta, no entanto sem adentrar no campo da livre criação do direito – realizada pelo Poder Legislativo.

A judicialização é o uso dos tribunais por grupos de interesses que visam impedir ou modificar políticas públicas aprovadas por demais grupos majoritários. Judicializar compreende:

[...] tanto (1) a expansão da atuação dos tribunais ou juízes em detrimento da atuação dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência de poder decisório do Legislativo para os tribunais ou, finalmente, (2) a disseminação da decisão judicial por meio de métodos não pertencentes ao âmbito judicial adequado. Resumindo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente a transformação de algo em uma forma de processo judicial (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13, tradução nossa)¹.

O aparecimento do fenômeno ativista ocorreu em razão de diversos fatores, entre eles, a expansão do Poder Judiciário, os amplos poderes de guardião constitucional atribuídos ao Supremo Tribunal Federal, o maior número de direitos fundamentais previstos nas novas constituições, a existência de leis vagas e conceitos abertos na Lei Maior, além da retração dos demais Poderes Públicos.

No Brasil, o ativismo jurídico pode ser observado na aplicação da Constituição pelo Supremo a situações não previstas de modo expresso em seu texto e de modo independente da manifestação do legislador ordinário acerca do assunto. Também é verificado por meio da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos editados pelo legislador, baseados em critérios menos rígidos que os verificados quando da ocorrência de uma clara violação à Lei Maior. A imposição e determinação de abstenções nas condutas do poder público é outro aspecto que demonstra o ativismo judicial.

Sob o aspecto substancial, o processo judiciário e o legislativo resultam em criação do direito. Contudo, o procedimento para a criação do direito difere. O juiz pode ser dinâmico e criativo sem que empregue meios idênticos aos de criação do direito utilizados pelo legislador. A conexão do pronunciamento judicial com os casos apresentados pelas partes, a imparcialidade do juiz, sua independência com relação às influências políticas, o caráter do contraditório e da ampla defesa e a circunstância de o processo não poder ser iniciado *ex officio* pelo tribunal são os limites processuais que diferenciam o processo jurisdicional daqueles cuja natureza é essencialmente política, no caso, legislativa (CAPPELLETTI, 1999).

Outros aspectos que apontam para a existência de ativismo na jurisdição constitucional brasileira podem ser observados por meio das seguintes condutas praticadas pelo Supremo Tribunal Federal: utilização de métodos interpretativos que possibilitam a criação de normas distantes do conteúdo literal da norma interpretada; ampla atuação processual; interferência no comportamento dos Poderes Legislativo e Executivo; aplicação de regras amplas ao caso a ser solucionado (CAMPOS; MOREIRA ALVES, 2011).

¹ "Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at last, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process".

Por ser muito abrangente, a Constituição de 1988 tem como guardião final o Judiciário, cuja atuação pode ter início por meio do controle difuso ou de ações específicas. Referida atribuição faz com que o Poder Judiciário tenha a palavra final para decidir em diversos casos – tanto relacionados a direitos fundamentais quanto a políticas públicas (MEDEIROS, 2011).

Contudo, a crise do Legislativo não importa o esvaziamento desse poder imprescindível à sociedade. Sua principal função continua sendo a de manter a compatibilidade da produção de normas jurídicas com as disposições constitucionais. Serve também como instrumento de conexão entre política e direito. Por adequar a vontade popular às normas do ordenamento jurídico, é, conseqüentemente, o poder que mais sofre os efeitos da expansão do Judiciário.

Ainda com relação ao ativismo judicial, Marshall (2002), elenca sete espécies de ativismo, a depender das características do ordenamento jurídico sob análise. Contudo, essas formas de ativismo não são fixas, podendo ser encontradas novas modalidades. O ativismo contramajoritário caracteriza-se pela oposição dos tribunais em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos; o ativismo não originalista significa o não reconhecimento de quaisquer formas de originalismo na interpretação judicial, sendo excluídas as considerações do legislador acerca do texto da Constituição.

O ativismo de precedentes refere-se à rejeição pelos tribunais aos precedentes estabelecidos. O formal ou jurisdicional é a resistência das Cortes na aceitação dos limites impostos para a atuação da jurisdição constitucional. Já o ativismo material/criativo é aquele resultante dos processos de criação de teorias e novos direitos na doutrina constitucional. O ativismo remediador é marcado pelo uso do poder judicial para a imposição de condutas positivas ou para o controle dos demais poderes estatais. Por fim, o ativismo partidário é a utilização dos tribunais por grupos de interesses, para que sejam atingidos objetivos específicos de um partido político ou segmento social.

Como limites à jurisdição, o próprio conteúdo constitucional e a jurisprudência estabelecem alguns elementos, dentre eles, os atos *interna corporis*, a estrutura das normas da Constituição, a autocontenção judicial e a proibição da apreciação de atos que versem sobre questões políticas (AGRA, 2005).

A proibição à interferência do Judiciário em relação aos atos *interna corporis* é possível desde que não haja violação aos direitos subjetivos da cidadania; tem como aspectos comuns às questões políticas a existência de um de um âmbito discricionário para a sua atuação e ser mecanismos de proteção da organização e independência dos poderes. Já as *political questions* podem ser compreendidas por decisões que não apresentam uma norma constitucional específica para a solução do litígio (AGRA, 2005).

Com as modificações no âmbito do direito constitucional, o povo foi considerado soberano, e a Constituição, além de soberana, também suprema; e os poderes estatais devem atuar em conformidade com as disposições da Lei Maior; desse modo,

o Judiciário, ao agir contramajoritariamente, corrige as arbitrariedades praticadas pelo Legislativo e Executivo. Mesmo considerado o governo da maioria, é função do Judiciário a aplicação do princípio contramajoritário, tendo por objetivo evitar que a maioria ultrapasse os limites previstos constitucionalmente.

A Constituição é, desse modo, a maior expressão da soberania popular, e o controle judicial de constitucionalidade atua em prol da maioria constitucional e da soberania popular, impedindo que os grupos de interesses majoritários realizem distorções dos valores constitucionais e oprimam as minorias.

7 Conclusão

A afirmação da supremacia do indivíduo, com o surgimento do conceito de cidadão, a necessidade de limitação aos poderes dos governantes e a crença nas virtudes da razão foram os principais elementos responsáveis pelo surgimento do constitucionalismo. Assim, o conceito de Constituição permitiu que novas garantias fossem asseguradas e, ao mesmo tempo, impediu que o Estado praticasse arbitrariedades e violações aos novos direitos que surgiram.

Com a força normativa da Constituição, a lei deixou de ser a fonte exclusiva do direito, originando doutrinas que procuraram assegurar novas formas de cumprimento à proteção aos direitos fundamentais e das normas da Lei Maior, dentre elas, a doutrina da efetividade, que objetivou a aplicação das normas constitucionais direta e indiretamente na maior extensão de sua densidade normativa. No entanto, o crescimento das necessidades sociais e o aumento dos conflitos geram a redução da atuação do Poder Legislativo. Parte dessas reivindicações passa a ser atribuída ao Judiciário, reforçando o crescimento da jurisdição constitucional, que, ainda assim, não foi capaz de solucionar a totalidade dos casos.

No Estado Democrático de Direito, uma parcela dos Estados democráticos estabelece uma parte de poder político que deverá ser exercida pelos agentes públicos não escolhidos pelos meios eleitorais. Com isso, a jurisdição constitucional atua de forma a garantir a democracia, agindo contramajoritariamente.

A partir desse momento, a busca pela efetividade dos mandamentos constitucionais favoreceu a prática do ativismo judicial; por meio desse fenômeno, os juízes passam a interpretar de modo amplo as normas constitucionais com o objetivo de solucionar questões anteriormente não finalizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. A questão a ser julgada recebe aspectos políticos em virtude da possibilidade de uma política pública ser afetada pelos efeitos dessa decisão judicial. No referido contexto, tornou-se possível ao Judiciário a realização do controle constitucional diante das omissões ou prestações insuficientes dos demais poderes públicos.

Assim, os conceitos de criação do direito e de interpretação deste não são opostos: o que varia é o grau de criatividade e os limites da criação do direito. A criatividade e a discricionariedade são ínsitas à atividade interpretativa; toda interpretação é criativa, sempre existindo um grau mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.

No entanto, não poderá o Judiciário ultrapassar o âmbito de sua atuação e invadir a competência atribuída ao Legislativo e Executivo, sob pena de desequilibrar a tripartição de poderes. Do mesmo modo, não se podem estabelecer limites extremos à atuação do Judiciário, sob pena de violação aos direitos do povo. A aplicação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais deve ser feita tendo-se por objetivo assegurar proteção ao povo, compreendido como a soma das maiorias e minorias.

A busca pelo equilíbrio entre as condutas pró-ativas do Judiciário e a sua contenção, com a conseqüente reconstrução da legitimidade da jurisdição constitucional brasileira, pode ser obtida pela aplicação de novos critérios para a escolha dos membros que compõem o Supremo Tribunal Federal, refletindo o pluralismo da sociedade, juntamente com a reestruturação política e a desvinculação da indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelos demais poderes.

Desse modo, a conciliação entre justiça, efetividade e segurança tanto na interpretação quanto na aplicabilidade das normas jurídicas, aspectos característicos da proteção às garantias e direitos fundamentais conferida pelo Estado Democrático de Direito devem ser constantemente observados quando da finalidade de ser obtida a efetividade das normas constitucionais, possibilitando uma não conflitante entre direito e política.

CONNECTIONS BETWEEN LAW AND POLICY: A FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH EFFECTIVE PRACTICE OF JUDICIAL ACTIVISM

Abstract: The advent of written constitutions caused several changes in the social order, among them, the protection of fundamental rights and guarantees, not previously provided in the Constitution and hardly guaranteed by the government. With the decline of the doctrines jusnaturalist and positivist legal systems were inserted elements that aimed to make constitutional rules more effective and ensure the fulfillment of rights. However, the crisis of legislated law and the Legislature, initiating the practice of judicial activism as a way to resolve matters not expressly provided for in the Fundamental Rules. This study proposes to analyze the effectiveness of the search and the phenomenon of constitutional judicial activism in Brazil, verifying the consequences of such conduct proactive judiciary from the connection between law and politics. The purpose of this article was achieved by analyzing references about judicial activism and is an exploratory research.

Keywords: constitutionalism effectiveness; fundamental rights; judicial activism.

Referências

AGRA, W. de M. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (Rere)*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2012.
- BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, v. 11, n. 15, nov. 2008a. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2012.
- BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008b.
- CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 11 jul. 2012.
- CAMPOS, C. A. de A.; MOREIRA ALVES, V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 541-595.
- CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- COELHO, I. M. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 475-498.
- HELD, D. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MARSHALL, W. P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 3 jul. 2012.
- MEDEIROS, B. A. de. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação interpoderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 529-540.
- MELLO, P. P. C. Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 359-386.
- NADER, P. *Introdução ao estudo do direito*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PAULA, D. G. de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 271-312.
- SALDANHA, N. *O Estado Moderno e a separação de poderes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 73-113.
- SILVA, O. A. B. da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.