Ativismo judicial

Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional

Tiago Neiva Santos

Sumário

Introdução. I. Bases político-jurídicas para a efetivação do poder judicial. I.1. O paradigma do Estado Democrático de Direito. I.2. A essência democrática do Poder Judiciário. I.3. A política na Constituição. I.4. Políticas públicas na Constituição e os direitos subjetivos constitucionais. II. Ativismo judicial: o seu reconhecimento e a sua legitimação. II.1. A expansão do Poder Judiciário. II.1.1. Escolas Histórico-Sociológica e Institucionalista. II.1.2. A liberdade frente à expansão do poder judicial. II.2. O princípio da segurança jurídica. II.2.1. A efetivação do princípio da segurança jurídica no controle de constitucionalidade. II.3. O ativismo judicial. II.3.1. A experiência brasileira. II.4. Algumas máscaras jurídicas do poder político da jurisdição constitucional. II.4.1. Controle abstrato de constitucionalidade e a jurisprudência de valores. II.4.2. O princípio da proporcionalidade. II.4.3. O princípio da reserva do possível. Conclusão.

Introdução

O presente estudo tem por finalidade justificar o ativismo judicial em situações de descumprimento da função legislativa por parte tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Executivo. Para isso, serão analisados os fatores políticos e os jurídicos relacionados a esse movimento do Poder Judiciário.

A questão primordial é: até onde podem os juízes julgar em matérias relacionadas à consecução de políticas públicas? Para en-

Tiago Neiva Santos é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília e Técnico-Judiciário junto a Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Doutor Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto.

tão se compreender o seguinte questionamento se partirá do paradigma do Estado Democrático de Direito, como arcabouço político, para, dessa forma, na validação da tripartição funcional do poder do Estado se perseguir a caracterização simbiótica entre as relações existentes perante os Poderes Legislativo e Judiciário.

Porém, já atua o Poder Judiciário com o devido ativismo exigido pela sociedade? Essa é a segunda questão propulsora do presente estudo. E no sentido de se esclarecer essa atuação ativista, ou não, da jurisdição constitucional brasileira é que serão averiguados alguns elementos que demonstram essa característica política do Poder Judiciário.

I. Bases político-jurídicas para a efetivação do poder judicial

I.1. O paradigma do Estado Democrático de Direito

O início dos anos setenta no Brasil pode ser observado como um momento de passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, conjuntamente à elevação dos direitos de terceira geração. Com o desfalecimento da divisão entre público e privado, associados ao Estado e ao cidadão, respectivamente, foi que se começou a dar ênfase à necessidade de um Estado que se resguardasse diante das intempéries sociais (ROMÃO, 2003, p. 112).

Nesse Estado Democrático de Direito o exercício do poder decisório se dá em razão do interesse majoritário, pois todos os participantes do Estado possuem o direito de decidir sobre a seara pública. Esse requisito deve ser levado em consideração, no entanto, no âmbito do Poder Legislativo, que, em princípio, representa a sociedade e seus interesses.

E é em razão desses interesses, e no sentido de preservá-los, que os homens, quando percebem que, em seu entendimento, os ideais estabelecidos por sua sociedade não mais correspondem às atitudes que estão sendo levadas a cabo pelos entes públicos, organizam-se em movimentos para defesa de seu ponto de vista. Acontece que nem sempre tais movimentos são majoritários, criando assim grupos que vivem à mercê de acordos políticos.

Cabe frisar que um ponto crucial para a sobrevivência do Estado Democrático é a possibilidade de pluralização dos entendimentos acerca de questões políticas (MARQUES, 2005, p. 55). É de grande relevo notar que ao se construir uma sociedade em bases pluralistas, nada mais se constrói que uma sociedade baseada na vontade dela própria e preponderantemente renovada a partir dos conceitos anteriores a esta própria sociedade vigente. São os costumes levantados por Habermas como forma de estabilização das relações jurídicas (HABERMAS, 2003, p. 301 / 303).

Dessa forma, em razão do necessário respeito a esses movimentos, entende-se que existem alguns espaços para se relevar esses interesses minoritários e conseqüentemente discuti-los de forma pública e sensata, sendo um deles o Judiciário.

Sob esse ângulo denota o Judiciário a sua competência de interpretar as normas estabelecidas pelo Legislativo e de dar a elas formas aplicáveis aos casos concretos da sociedade, porém não da forma convencional da subsunção do caso concreto às normas abstratas, mas por meio de interpretações construtivas.

Portanto, entende-se que a Jurisdição Constitucional, e conseqüentemente a Corte Constitucional, é legitimada pelo povo para a discussão dos interesses do Estado Democrático de Direito.

I.2. A essência democrática do Poder Judiciário

A dominação do Poder Legislativo como meio de normatização dos anseios sociais deve-se basear em duas idéias que obstaculizam, no entanto, a sua força original de criação: a forma indireta de formação da vontade estatal e o princípio da maioria.

De um lado a representatividade, que confere um certo grau de indefinição de formação na vontade do Estado e de outro a

existência do princípio majoritário como meio de se viabilizar a tomada de decisões, pois que a demanda por interesses não-conflitantes não faz parte do arcabouço legitimador da democracia (MAAR, 1985, p. 48).

É então nesse confronto entre os princípios da representatividade e da maioria com a exigência democrática de liberdade e distribuição do trabalho, como forma de diferenciação do organismo estatal, que deve se equilibrar o Poder Legislativo no paradigma democrático de Estado.

A ineficácia dessa representação política dos anseios do povo pode gerar a necessidade de uma maior atuação dos outros Poderes, no sentido de resguardar a harmonia entre eles. Como o Poder Judiciário possui a capacidade de, tanto em concreto quanto em abstrato, controlar os atos advindos do Poder Legislativo, deve ele, tal qual todos os outros Poderes, primar pelo funcionamento coerente das instituições do Estado.

Quanto maior for a incoerência, maior deverá ser a resposta dos outros Poderes, inclusive do Judiciário, em um pleno respeito ao conceito de *checks and balances*. O poder respeita somente a si próprio (BOBBIO, 1995, p. 15 / 17) e por isso ele deve ser diferido em diversos órgãos que devem atuar harmoniosamente em função de um bem comum social, de um efetivo respeito à dignidade da pessoa humana e de um aumento eficiente da liberdade do cidadão.

A participação popular legitima isto. A inclusão dos atores sociais na seara jurídica faz com que o Poder Judiciário tenha a validação necessária para agir politicamente.

I.3. A política na Constituição

A Constituição, como expressão máxima da consolidação jurídica de um Estado, revela em sua essência os ideais concernentes ao desenvolvimento de uma sociedade. O interesse, portanto, em se produzir uma Constituição diz respeito ao controle das forças normativas envolvidas em uma sociedade.

E em razão dessa essência constitucional é possível se adotar a diferenciação realizada por Dworkin dos tipos de matérias afetas à jurisdição constitucional: aquelas sensíveis à escolha e aquelas insensíveis (DWORKIN, 2001, p. 105). Ou seja, aquelas matérias que podem ser sensíveis aos entendimentos populares e aquelas que não são passíveis de deliberação (SOUSA E BRITO, 1995, p. 42) por meio de um discurso intersubjetivo de legitimação.

Tendo em mente que a Justiça Constitucional sempre renova o seu entendimento acerca da Constituição entende-se que essa norma básica estabelecida democraticamente pelo povo para si possui uma força dinâmica que se altera com o passar do tempo e de acordo com as necessidades emanadas do povo. É a Constituição um instrumento vivo (SMEND, 1985, p. 133).

Porém, é a Constituição um elemento conector entre as políticas abstratamente construídas pelo Legislativo e o ordenamento jurídico constituído pela sociedade. Considera-se o interesse inserto na Constituição como algo preservado desde o Constituinte originário que diz respeito aos anseios gerais da sociedade. Estes em dicotomia com os interesses específicos, que podem ser colocados no sentido explicitado por Canotilho da Constituição (CANOTILHO, 1998, p. 35 / 42), são de certa forma o elemento estabilizador da Constituição que a mantém em um patamar superior.

Sendo assim, para que se possa realmente perceber a importância da Justiça Constitucional e o seu papel para a manutenção de um Estado Democrático de Direito deve-se justificar a sua atuação por meio dos valores os quais são objetos de seu trabalho. Não é a Justiça Constitucional meio de criação de políticas públicas, mas sim de aplicação, justificação e efetivação de políticas consolidadas durante os tempos pelo povo, em sua acepção mais ampla.

I.4. Políticas públicas na Constituição e os direitos subjetivos constitucionais

A inserção, portanto, de políticas públicas novas age no sentido de obstar o Estado

de retroagir ao momento pré-constitucional. Atua essa característica de inovação no intuito de esclarecer os atuais interesses do povo. Porém, são essas premissas estabelecidas na Constituição auto-aplicáveis?

Entenda-se como auto-aplicável a norma que independe de regulamentação para que tenha força cogente, ou seja, aquela que possui a capacidade de gerar direitos subjetivos a partir de sua própria interpretação.

E mais, além das normas auto-aplicáveis, incluem-se também no rol de taxatividade da Constituição as normas programáticas, pois elas determinam os objetivos a serem perseguidos pelo Estado não devendo este se furtar a esse rumo pré-estabelecido, tanto positivamente quanto negativamente.

Mas não menos importante é se entender o que são políticas públicas e qual a sua função na sociedade. Há que se perceber, primeiramente, que a organização social pressupõe a existência de certas metas a serem seguidas e com isso o estabelecimento, de forma política, de condutas a serem tomadas para a consecução do fim ao qual se conglomeraram os cidadãos, e isso se realiza por meio das políticas públicas.

Dessa forma, cumpre observar que políticas públicas são, ante a categorização de normas estabelecidas por Dworkin, uma forma concreta de preenchimento de espaços normativos existentes nas demais formulações jurídicas. Entende Dworkin que as normas, como gênero, podem ser traduzidas por meio de três espécies: princípios, regras e "*policies*" (DWORKIN, 2001, p. 105).

De uma forma livre cabe se entender essas "*policies*" como formas de gestão e efetivação dos direitos normatizados. São as políticas públicas os meios pelos quais a organização estatal propõe efetivar os interesses expressos nos ordenamentos jurídicos.

No entanto, outra questão posta é saber se é legítimo ao Poder Judiciário implementar a consecução de determinados atos por parte dos outros poderes em ordem a atingir certas metas predispostas na Constituição.

Ao se considerar uma política pública por meio de uma tríplice fundamentação: atos, decisões e normas, é possível se compreender que de toda a política pública é possível se resgatar um fundo normativo, de imposição amparada na Constituição. É justamente com base nessa faceta de normatividade que esses programas de ação governamental podem ser submetidos ao crivo do Judiciário.

As normas programáticas, à medida que são violentadas sistematicamente, também geram direitos subjetivos[1], eis que não podem se furtar à sua implementação, os poderes criadores do Estado.

Sendo assim, é possível se entender que cabe sim ao Judiciário interpretar e, em casos extremos, implementar políticas públicas[2], inclusive as impostas por meio de normas programáticas. É a necessidade de evolução do Estado quem dita isso, ao passo que os poderes, harmônicos entre si, pressionam uns aos outros no movimento natural dos controles e contrabalanços da engenharia institucional dos poderes do Estado (ROSENFELD, 2003, p. 45).

II. Ativismo judicial: o seu reconhecimento e a sua legitimação

II.1. A expansão do Poder Judiciário

A expansão do Poder Judiciário, apesar de ser uma questão de contornos contemporâneos, já foi tratada pelos artigos Federalistas (CASTRO, 2005, p. 65) quando da sua preocupação com o desenvolvimento da competência constitucional do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo. Foi levantada a questão então, ainda na época da fundação constitucional norte-americana, se caberia ao juiz definir o significado da lei e se, em assim agindo, estaria ele se locupletando da função legislativa.

O que se obteve como resposta foi que o juiz ao interpretar a norma não legisla. Ainda que ele venha a efetivar uma interpretação criativa, que cause uma espécie de alteração ao sentido original da lei, não estaria

ele usurpando o papel conferido democraticamente ao legislativo.

E foi justamente na época do levante do Federalismo nos Estados Unidos que se percebeu a assunção de um caráter político pelo Judiciário, afinal de contas o Poder que ele exerce também é político (SANTOS, 2002, p. 314). Não é um poder de se criar regras e de se estabelecer inventivamente os caminhos da sociedade, mas sim de conformação das regras aos casos concretos e aos anseios da Constituição.

No entanto, o que vem a ser essa judicialização da política? Decerto não é comum na doutrina a instituição de um conceito fechado dessa judicialização, pois ela é vista mais como um processo dinâmico e não uma instituição criada para a realização da democracia.

Nesse entendimento de que a judicialização da política é uma construção natural dos movimentos do poder político observa-se o destaque dado a duas Escolas que acabaram por analisar não diretamente a judicialização da política, mas sim os seus efeitos e as condições preponderantes para o seu afloramento nas democracias modernas[3].

II.1.1. Escolas Histórico-Sociológica e Institucionalista

A compreensão dos requisitos necessários para uma maior atuação do Poder Judiciário pode ser realizada por meio de duas escolas que, apesar de partirem de um mesmo ponto histórico, acabam interpretando os fenômenos sociais de forma diversa. São essas escolas: a histórico-sociológica, que apresenta como expoentes Garapon e Cappelletti; e a Institucionalista, que possui como representantes Tate e Vallinder.

Para Garapon, representante da Escola histórico-sociológica, os processos de mudança social, que ocorreram ao longo do tempo, assentaram a ocorrência de uma crescente atuação do mercado nas decisões políticas (GARAPON, 1996, p. 19). Com isso adveio uma espécie de enfraquecimento do Estado. Na medida em que se enfraquecia o Estado, se desmoronava simbolicamente a sociedade democrática (CASTRO, 1997). Era a passagem do Estado assistencialista para o Estado privatizado.

Para o mencionado autor essas mudanças sociais criaram o espaço necessário para a existência de um individualismo capitalista cada vez mais influente, e com isso abriu-se a possibilidade do crescimento de uma necessidade de contratualização das relações sociais.

Além disso, foi ressaltado também pelo autor que a evolução do direito guiou-se para a desnacionalização de suas características, fazendo emergir assim um poder supranacional que teve como conseqüência preponderante a passagem da democracia para um mundo jurídico-burocrático, desviando-se a função do cidadão para o Estado.

De outro lado, um efeito diverso e direto dessa individualização do cidadão em relação às políticas exercidas pelo poder público é o aumento de causas a serem decididas no Poder Judiciário. Justamente por estar o cidadão alheio ao cenário político e avesso às discussões políticas, cada vez menos ele se integra ao cenário político e cada vez mais exerce esse papel em outra seara, qual seja, a judicial.

Sendo assim, Garapon observa a ampliação do poder conferido ao Poder Judiciário como um efeito decorrente da assimilação da liberdade e do bem-estar social, ambos supervalorizados nas democracias emergentes. Nesse sentido, explicitou ele que seriam fatores preponderantes para a ampliação da aplicabilidade efetiva do direito: o fim da guerra fria, a internacionalização do Direito, a crise da legitimidade representativa e a contratualização das relações sociais. Todos itens presentes em democracias emergentes que procuram legalizar e conformar os seus poderes em torno das realizações econômicas da sociedade.

Seguindo na corrente histórico-sociológica da ampliação da esfera de atuação do

Poder Judiciário é possível se depreender a relevância de um outro autor, Cappelletti, que em seu trabalho revela entender que a criatividade da função jurisdicional e o crescimento do Direito como jurisprudência se deram em razão da necessária existência de um contrapeso, num sistema de *checks and balances*, à expansão dos "ramos políticos do Estado Moderno" (CAPPELLETTI, 1993, p. 19).

No entanto, denotou o mencionado autor que existem graus de criatividade que não se confundem com uma total liberdade do intérprete da lei. Para ele o processo de criação do direito se dá por meio de uma diuturna presença de interpretações jurídicas que variam de acordo com o seu grau de construtivismo interpretacional, mas que não podem se confundir com o papel legislativo numa efetiva liberdade do aplicador da lei.

Para Cappelletti a representatividade plena é um conceito utópico, e em razão disso concedeu-se uma espécie de legitimidade democrática ao Poder Judiciário para a sua criação do direito jurisprudencial. É na ampliação do quadro de sujeitos atuantes no Poder Judiciário que se observa a democratização desse meio de atuação política.

De outro lado, observa-se a existência de uma segunda escola, a Institucionalista, representada pelos autores Tate e Vallinder que também tem como marco inicial da expansão do poder judicial a queda do comunismo no leste europeu. Justamente em razão da preponderância do poder econômico dos Estados Unidos advindo desse fato histórico, reconheceram eles a expansão às outras sociedades do sistema utilizado naquela nação de revisões judiciais, de desenvolvimento jurisprudencial e até mesmo de ativismo judicial (TATE; VALLINDER, 1995).

Outro fator importante para esse crescimento da atuação do Poder Judiciário nas decisões políticas dos países se dá em razão da maior valorização ao estudo das ciências políticas.

No entendimento de Torbjorn Vallinder, um dos autores, a análise de causas que envolvam matéria afeta à seara de políticas governamentais pelo Poder Judiciário é somente uma das faces da judicialização da política. De outro lado, ocorre um fenômeno reverso de "juridificação" do mundo político, consistente na conformação cada vez mais intensa do processo político aos procedimentos jurídicos.

No mesmo passo, C. Neal Tate (TATE, 1995, p. 29) compreende em seus estudos que existem certos fenômenos que são característicos ao desenvolvimento do Poder Judiciário como um Poder politicamente ativo. São, portanto, condições, com base nos estudos de caso realizados por este autor, para a existência da judicialização da política:

a) Democracia: Explicita Tate que o ambiente democrático é condição necessária para a existência de um efetivo meio de autocontenção de poderes, porém não é suficiente para embasar, sozinha, a ampliação do Poder Judiciário.

b) Separação de Poderes: Este princípio, se efetivado, é capaz de induzir a um aumento da atuação do Poder Judiciário em um Estado democrático de direito. Justamente por permitir que diferentes poderes criem e interpretem as normas legais é que ele consegue manter essa relação de contrapesos que faz com que à medida que um Poder cresça, o outro deva fazer o mesmo para se contrabalancear.

c) Direitos políticos: O reconhecimento de existência de direitos políticos em uma dada sociedade pressupõe a sua aceitação de entendimentos minoritários. No entanto, a formalização de direitos políticos na Constituição de um Estado não é, por si só, condição suficiente para a sustentação de uma idéia de expansão da atuação do Poder Judiciário.

d) Uso dos tribunais pelos grupos de interesse: Os tribunais passam a ser vistos como searas de defesa de interesses que são regidos pelo princípio majoritário da democracia. Os grupos de pressão, portanto, ao

tentarem defender a Constituição por meio de seus interesses acionam o Poder Judiciário para com isso conseguir um meio mais racional para a realização de seus objetivos.

e) Uso dos tribunais pela oposição: Certamente essa é uma característica relacionada ao item anterior, na verdade significa a utilização dos tribunais como meio de se obstaculizar o processo político por meio de conexão de interesses diversos aos princípios constitucionais. O trabalho de Werneck Vianna (WERNECK VIANNA; CARVALHO; MELO, 1999) demonstra que um número expressivo das ações diretas de inconstitucionalidade existentes no Supremo Tribunal Federal são propostas por partidos políticos de oposição.

f) Percepção das Instituições políticas: Essa é uma característica encontrada em momentos de crise onde reina um sentimento de ausência de governabilidade, certo que essa marca advém de um controvertido domínio aleatório na cúpula do poder, sem ninguém que efetivamente se ponha no papel de guia da sociedade, e de uma generalizada insatisfação da base política em relação a isso.

g) Instituições majoritárias delegam poderes: Isso ocorre nas situações onde o Parlamento decide não tomar decisões em razão do alto custo político causado por isso. São decisões de fundamental importância para o desenvolvimento da inserção política na sociedade, porém a probabilidade de insatisfação causada por tais decisões também é relevante para os parlamentares que dependem dos votos da população para continuarem no Poder.

Em razão então desse alto custo político os parlamentares delongam o seu trabalho para que a questão seja judicializada e com isso transferida para o âmbito judiciário.

Em suma, essas duas correntes, Histórico-sociológica e Institucionalista, observam que existe sim uma maior judicialização das questões econômicas e sociais em países recém adaptados ao Estado Democrático de Direito.

É esse o caso do Brasil que a partir da Constituição de 1988 iniciou um processo de redemocratização com contornos liberais baseado na solidariedade cidadã e na tentativa de se recolocar o cidadão como membro fundamental da conduta política do País.

No entanto, inicialmente o que se observa é a redemocratização iniciada por dentro do Estado. Foi por meio da pluralização dos agentes envolvidos no Poder Judiciário que se abriu uma das portas principais para a inserção do cidadão na política, revelando-se uma característica do estabelecimento de um *Welfare State*.

Porém, existe uma outra questão que não é comungada pacificamente por alguns autores, qual seja, a avaliação das repercussões sobre a liberdade no processo de sobreposição do direito às instituições políticas. Dois eixos se sobressaem sendo eles:

II.1.2. A liberdade frente à expansão do poder judicial

Dois eixos se sobressaem no que diz respeito ao entendimento acerca dos reflexos causados pela ampliação do poder judicial na liberdade dos cidadãos. Uma delas substancialista e outra procedimentalista.

Capitaneada por Cappelletti e Dworkin a corrente substancialista entende que o redimensionamento do Poder Judiciário é uma decorrência da efetivação da tradição democrática em searas ainda pouco integradas à sociedade. É uma forma de resposta, e contrabalanço, à instituições que ainda são preponderantemente não ligadas ao interesse democrático do Estado.

Esse eixo valoriza o ativismo judicial como forma de limitação do poder majoritário.

Já o eixo procedimentalista compreende que a atuação exacerbada do Estado em nome da justiça distributiva causa uma privatização do cidadão. Habermas e Garapon, autores mais influentes dessa corrente, argumentam que a justiça ativa nada mais representa que um "último refúgio de um ide-

al democrático desencantado" (GARAPON, 1996, p. 22).

Para essa corrente o ativismo judicial é responsável por uma espécie de dependência do cidadão ao Estado. Ao passo que ocorre a estatização dos movimentos sociais o cidadão se torna um ser alienado aos interesses cívicos. Compreender que o cidadão é o sujeito responsável pelos desígnios políticos da sociedade é o fim único buscado por essa corrente.

II.2. O princípio da segurança jurídica

Um dos pilares que sustentam a organização social por meio de um Estado de Direito é a manutenção de uma ordem. É papel do Direito implementar e renovar essa ordem jurídica que serve para dar estabilidade às relações sociais.

A jurisprudência, portanto, como o próprio termo indica é a prudência necessária para a interpretação construtiva de direitos. O *precedent rule* do *common law* é a figura, por excelência, representante da segurança jurídica em um direito que se recria por si próprio.

Atualmente se observa a ocorrência de um giro hermenêutico do princípio da segurança jurídica, pois este está passando da idéia de necessidade de observância das leis como estabelecidas, para ser entendido como uma essência de confiabilidade conferida pelo cidadão ao Estado (KRELL, 2002).

II.2.1. A efetivação do princípio da segurança jurídica no controle de constitucionalidade

Em razão da existência de um controle misto de constitucionalidade no Brasil, que conjuga o sistema concentrado ao difuso, percebe-se uma existência de dualidade nos órgãos que competem a decisão dos temas constitucionais. Por um lado, o sistema judiciário que findará em um órgão supremo de controle de constitucionalidade das leis, e um outro que é o próprio órgão final das decisões constitucionais.

Isso gera, *a priori*, para o princípio da segurança jurídica um ambiente desfavorável à sua existência, pois um mesmo órgão pode ser chamado a decidir mais de uma vez em situações diversas formalmente, mas materialmente coincidentes no assunto constitucional.

Sem uma formação doutrinária pacífica acerca desse assunto pende-se a entender que o princípio da segurança jurídica pressupõe a prevalência do controle concentrado, pois este julga *erga omnes* e *ex tunc* a norma enquanto norma. Ao se definir que a última instância para o controle concreto é a mesma do controle abstrato cria-se a possibilidade de existência da chamada jurisprudência informal (CRUZ VILLALÓN, 1995, p. 87).

O ativismo na jurisdição concentrada advém da necessidade de a última instância no controle difuso determinar o seu entendimento, mesmo que por outro procedimento. E a pluralização dos entes legitimados a atuarem na seara do controle concentrado de constitucionalidade reflete esse anseio da Constituição.

II.3. O ativismo judicial

O ativismo judicial, antes de ser um conceito fechado de uma teoria do direito é, na verdade, um movimento que, advindo de um efetivo pluralismo democrático de acesso ao judiciário e de uma crescente judicialização das questões postas na sociedade, veio para reforçar as bases democráticas da formação da vontade social expressa pelo Estado.

E é justamente nessa idéia de efetivação de direitos e de estabilidade social que se verifica a expansão do Poder Judiciário como reforço à lógica democrática, pois o poder constitucionalmente conferido ao Poder Judiciário é o de interpretar as normas visando uma segurança do sistema, ao passo que as aplica na medida necessária para a sua observância do interesse social constitucionalmente estabelecido.

Esse movimento veio a preencher o espaço deixado por um constitucionalismo liberal decadente, de marca positivista, exclu-

sivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada.

Dessa forma, é necessário que se tenha em mente a existência de um núcleo intangível da Constituição que estabeleça funções e direitos essenciais para a existência da sociedade.

De outro lado, cabe indagar se poderia uma Corte Constitucional desconsiderar a vontade popular para dar vigência a regras constitucionais? É o governo dos mortos sobre os vivos, diriam alguns, porém o que há de se considerar é que existem diversos tempos para a existência dos fatos nas diversas áreas da vida. Três tempos genéricos são os da mídia, o do legislativo e o do direito e para o entendimento de vontade popular há que se considerar o tempo do direito, eis que povo e população não representam os mesmos conceitos.

Há sim uma razão que deve se sobressair à questão travada entre a vontade popular e os preceitos constitucionais e este é o de que a Corte Suprema existe para proteger um processo legislativo democrático e em assim agindo garantir a permanente vigência do núcleo intangível da Constituição.

Num sentido mais técnico é possível se observar a existência de várias combinações doutrinárias que exprimem essa simbiose entre legislativo e judiciário. Duas grandes áreas primárias para a conceituação dessa relação são a ideológico-política e a técnica-jurídica (cf. artigo produzido pelo grupo de estudos "A jurisdição constitucional e a democracia", 2003. p. 223/243).

A primeira, ideológico-política, observa o fenômeno da influência do Judiciário nas decisões políticas sob um enfoque substantivo, subdividindo-se em contrapontos ativistas e autorestritivos.

Já no tocante à subdivisão técnica-jurídica é possível se perceber o seu desdobramento em sentidos interpretativistas e não-interpretativistas. Os primeiros entendem que a Constituição possui um significado unívoco, ancião, possível de se obter sem a ajuda de elementos extranormativos, ao passo que os segundos compreendem aquela norma fundamental como uma junção de preceitos claros e cláusulas abertas que devem ser compreendidas conforme o momento social.

A título ilustrativo é possível se perceber que a conjugação dessas tendências ativistas, restritivas, interpretativistas e não-interpretativistas indica as direções que podem seguir o pensamento acerca das influências entre o Poder Legislativo, visto sob uma forma ampla, e o Poder Judiciário (DORADO PORRAS, 1997).

Para os que criticam o ativismo judicial é possível se perceber a formação de pensamentos em dois sentidos majoritários: um interpretativista estrito, ou originalista, que entende a Constituição por um sentido unívoco e que deixa ao legislativo a decisão sobre questões constitucionais que não possuam uma clara compreensão e aplicação; e outro não-interpretativista moderado que entende a Constituição como uma combinação de normas de interpretação direta e de cláusulas de compreensão mais abstrata que tem no Legislativo o seu intérprete por excelência. São considerados como antiativismo conservador e antiativismo judicial, respectivamente.

De outro lado, por parte dos que defendem um papel mais ativo do Judiciário, também são reconhecidas duas correntes majoritárias de pensamento, sendo estas: a do interpretativismo moderado, que observa a Constituição sob um ângulo unívoco e que entende o juiz como um ser hercúleo cujo poder de interpretação pode ser preferível ao do legislador, revelando os preceitos constitucionais como verdadeiros trunfos contra o entendimento majoritário revelado na área legislativa; e a do não-interpretativismo estrito, que ressalta o consenso social, obtido pelo magistrado com base na sua experiência, nos seus estudos, na sua vivência, como uma das fontes valorativas da argumentação jurídica, passando esta a ter que observar dois requisitos, um de fundamentação e outro de impossibi-

lidade de utilização contraconstitucional (APPIO, 2004).

II.3.1. A experiência brasileira

O movimento ativista no Brasil, como verdadeira forma de aplicação política das vontades constitucionais, longe de representar um governo dos juízes ainda se encontra em um estado embrionário (OLIVEIRA, 2005, p. 569).

Porém, para se estabelecer uma forma mais didática para compreensão do fenômeno do ativismo judicial no Brasil, é necessário que se observe tal movimento sob três ângulos distintos: um político, um econômico e outro jurídico (LEITE, 1999, p. 29 / 55).

O início visível do fenômeno da judicialização da política no Brasil se dá no começo da década de noventa, momento imediatamente posterior à criação da atual Constituição da República onde se observou um período caracterizado por uma atuação errante da economia.

A imprevisibilidade característica de um momento econômico caótico causou uma certa descrença por parte da população nos setores vinculados à regulação do mercado. As pessoas passaram a dar mais ênfase à segurança econômica conferida pelos cargos do Poder Público. É essa a faceta econômica do desenvolvimento do Poder Judiciário no Brasil (DOBROWOLSKI, 1995, p. 92 / 101).

Conjuntamente a isto o Poder Judiciário foi perdendo a sua feição aristocrática, nepotista, ao passo que assumia diuturnamente uma característica marcadamente burguesa, no sentido de incorporar aos seus quadros pessoas que não possuíam tradição familiar na casas jurídicas, mas que possuíam capacidade de atuar plenamente e com vigor nestas sedes. Essa é a característica política da evolução do Poder Judiciário no início dos anos noventa.

Justamente por ter uma menor vinculação político-partidária e por compartilhar menos com os seus antecedentes das mesmas concepções jurídicas foi que o Judiciário passou a desenvolver as instituições jurídicas. E neste ponto é necessário observar o sentido da implementação da judicialização da política no Poder Judiciário que ocorreu dos magistrados de primeira instância para os tribunais locais até atingir os tribunais superiores. A aproximação do estudo da ciência política ao direito também é responsável por isto (BARCELLOS, 2006).

A essas razões mencionadas alia-se uma razão jurídica de peso único, qual seja, a criação de uma nova ordem constitucional incentivadora da coexistência democrática do direito com a legislação.

O aumento do poder conferido ao Judiciário e o crescente número de atores na seara jurídica, com base nas condições acima demonstradas, nada mais expressa senão o caminho natural de uma maior atuação da sociedade por meio das instituições do Estado na política.

A tentativa de se resguardar com todas as forças a liberdade e a cidadania antes dilaceradas é o que dispõe os Poderes do Estado nesse formato mais ativo, tendente a proteger, enfaticamente, os cidadãos.

II.4. Algumas máscaras jurídicas do poder político da jurisdição constitucional

II.4.1. Controle abstrato de constitucionalidade e a jurisprudência de valores

Diante do quadro maximizado da atividade legislativa no Brasil, efeito decorrente da recente necessidade de estabelecimento de políticas públicas estruturais e efetivas e do descompasso entre a efetivação das políticas públicas e das vontades não emancipadas da população, é que se opera a manutenção na sede judicial da prevalência da necessidade de existência de um mínimo social demandado pela Constituição (SILVA, 2006).

No entanto, isso que antes se verificava mais no âmbito do controle de constitucionalidade difuso hoje se encontra mais fortemente arraigado na atuação do controle concentrado de constitucionalidade.

De outro lado, conseqüentemente à essa conjugação de um órgão jurídico-político que atua em uma esfera interpretativa / aplicativa se observa, em razão do objeto analisado por esses operadores do direito, que atuam eles em uma penumbra que se situa entre a atividade legislativa e o papel aplicador de normas do judiciário.

A existência de hermeneutas constitucionais que propõem uma atividade mais conservadora faz com que a corte seja mais conservadora, assim como o contrário também ocorre.

Daí decorre o entendimento nominado "jurisprudência de valores", que, na verdade, é um método de interpretação que encontra apoio em nosso ordenamento constitucional justamente porque nele se expressa um sistema de valores, com cargas normativas, essenciais à convivência democrática da sociedade (HABERMAS, 2003, p. 314 / 323).

E no caso de colisão de entendimentos acerca de princípios constitucionais, como se deve atuar? É possível se ter um princípio derrogado por outro? Certamente que não, uma técnica que permite a coexistência de princípios, mesmo em caso de colidência destes, é a da ponderação. E aqui se observa novamente a faceta subjetiva do intérprete e, por conseguinte, um campo para o ativismo judicial.

A equidade atua nessa seara e na medida em que o legislativo amplifica a sua atuação é que deve o Poder Judiciário efetivar essa sua esfera política para resguardar a Constituição com um maior zelo (CASTRO, 1991, p. 55), pois que uma sociedade não se funda somente em razão das leis que nela se promulgam, mas também em face da inserção política dos seus cidadãos.

II.4.2. O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, apesar de advir do direito administrativo e de estar sempre difundido no entendimento jurídico nacional, foi primeiramente levantado como forma de argumentação em 1993 no Supremo Tribunal Federal. Foi em um julgamento acerca da necessidade de se ocorrer a pesagem de botijões de gás à vista dos consumidores[4]. Decidiu-se que não seria proporcional, e nem razoável, determinar-se a obrigatoriedade de tal prática.

Para uma concepção mais organizada do princípio da proporcionalidade há que se entendê-lo sob três prismas diferentes, três subprincípios intrínsecos à noção de proporcionalidade, sendo eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Este terceiro subprincípio intrínseco ao princípio da proporcionalidade, que é o da própria proporcionalidade em sentido estrito, indica a expressão da carga valorativa presente na interpretação do magistrado ao optar pela prevalência de um princípio sobre outros. É a real efetivação da necessidade de adaptabilidade vigente na evolução constitucional e uma verdadeira expressão de ativismo judicial (STUMM, 1995, p. 81).

II.4.3. O princípio da reserva do possível

Para o entendimento deste princípio é necessário se ressaltar que o direito em sua acepção mais ampla, como meio de organização e previsão das relações sociais, não pode ser considerado como algo à parte, ou superior, às condições sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada sociedade.

Uma aproximação do direito à realidade é um exercício necessário para a efetivação do conceito de justiça. O direito supranatural que aguarda ser subsumido por aplicadores inertes aos movimentos sociais não pode mais ser entendido como o conceito cogente de atuação jurídica. O juiz boca da lei foi substituído pelo integrador da sociedade.

Ressalte-se que a diferenciação entre juiz ativo e ativista é necessária para qualificar aquele que age em razão do desenvolvimento político da sociedade. Enquanto um, ativo, exerce as suas funções de forma construtiva primando pela máxima eficiência jurídica do seu trabalho, o outro, ativista, além de se preocupar com a boa atuação

jurídica também se envolve na formação política da sociedade, transpondo o nível posto por um juiz ativo e alçando vôos de observância política em suas decisões.

E ao realizar o seu poder, constitucionalmente tutelado, de atuação política deve o juiz, como qualquer outra entidade estatal, levar em consideração razões extrajurídicas.

Esta é a base para a formação do princípio da reserva do possível, no qual o juiz deve considerar que os direitos, todos eles, envolvem certas cargas para a sua aplicação. O arcabouço necessário para a efetivação de um princípio não parte somente da decisão judicial. De que valeria o juiz mandar construir casas para todos os que estivessem sem moradia, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, se o governo não possui a verba necessária para a realização de tal obra?[5]

Cada direito carrega consigo o seu custo (HOLMES; SUNSTEIN, 1999), o princípio da reserva do possível então determina que para se viabilizar a máxima eficiência de um direito deve se observar o seu aporte econômico e impacto orçamentário para a sua efetivação. A utopia cede lugar ao pragmatismo. É o que Alexy ressalta quando diz que os direitos sociais mínimos possuem um considerável estrondo financeiro "quando são muitos os que o fazem valer" (ALEXY, 2001, p. 12).

Em termos de existência mínima social (DINO, 2006) há de se considerar a formação de um direito subjetivo a ser declarado e imposto pelo Judiciário, ao passo que no tocante ao excedente à esse mínimo existencial (SUNSTEIN, 2001), observa-se a geração de um direito subjetivo *prima-facie*. É aqui, neste último direito subjetivo, e somente nele, onde o princípio da reserva do possível pode ser acionado[6].

Conclusão

O presente estudo teve a finalidade de justificar a participação ativista do Poder Judiciário na realização de funções legislativas, porém sob um ângulo normativo.

Nesse passo, portanto, sob a égide da conformação entre os poderes políticos e os poderes jurídicos na Constituição, foi construída a visão ora apresentada de participação ativa da sociedade no Poder Judiciário. Uma pesquisa sobre os limites constitucionais da atuação do Poder Judiciário.

Ressalte-se que o paradigma do Estado Democrático de Direito foi o marco principal para a validação deste estudo, pois este instituto, como marco responsável pela transição entre uma sociedade oprimida para uma sociedade participativa, fez com que os poderes tivessem que realmente envidar os seus esforços no sentido de se alcançar uma maior eficiência da dignidade da pessoa humana.

Foi então nessa realidade política, de transformação consensual do interesse popular pela política, que se engendrou o ativismo judicial como resposta às disfunções existentes nos poderes criativos do Estado.

Portanto, entendeu-se com o presente trabalho que a necessidade de um Poder Judiciário ativista provém do fato de a sociedade ainda não ter uma noção exata do seu papel em um Estado democrático de direito. Sendo necessário ressaltar, no entanto, que este ativismo pode ser exercido tanto em sentido progressista quanto conservador.

É sim, nesse passo, a jurisdição constitucional área legítima para a análise de políticas públicas, tanto em respeito ao formato democrático de direito existente no Estado, quanto em observância ao princípio da tripartição funcional do poder estatal. As políticas públicas demandadas pela Constituição, tanto por preceitos auto-executáveis, quanto por artigos programáticos, dão vida a direitos subjetivos.

O diálogo entre os poderes demonstrou ser a forma democrática, por excelência, de garantia de um meio eficiente ao implemento da liberdade em respeito à dignidade da pessoa humana nas democracias modernas, tal como na brasileira.

A conjugação entre as bases políticas e jurídicas da sociedade legitima, portanto, o ativismo do Poder Judiciário, que varia de

acordo com a necessidade do povo, no sentido de se resguardar o bem maior social, qual seja, a preservação do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos.

Notas

[1] Cf. o julgamento realizado na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal: RE 271.286-AgR./RS, Rel. Min. Celso de Mello, sobre o fornecimento de medicamentos a pessoas carentes portadoras de doenças de tratamento dispendioso.

[2] Cf. o julgamento realizado no Supremo Tribunal Federal: RE 472.707/SP, Rel. Min. Celso de Mello, sobre a concessão de vagas em creches e escolas primárias públicas.

[3] Para se ter uma visão geral de outros autores, tais como Werneck Viana, Colombo e Griffin cf.: HALIS, Denis de Castro. *A supremacia judicial em discussão: formulação de decisões, ativismo e justiça substantiva*. 4º Encontro Nacional da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política. PUC, Rio de Janeiro, 21-24 julho de 2004.

[4] Cf. o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal da Medida Cautelar em ADI n. 855, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

[5] De outro lado a modulação dos efeitos resultantes de uma declaração de inconstitucionalidade pode ser considerada como uma forma de ajuste do julgamento à realidade da sociedade. Para tanto cf. os julgamentos realizados na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal: AI 582.280-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello e RE 364.304-AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes. E ainda o julgamento realizado no Pleno do STF, RE 197.917.

[6] Cf. os julgamentos, realizados no pleno do Supremo Tribunal Federal, da ADI n. 2010, Rel. Min. Celso de Mello, que trata da contribuição social instituídas aos inativos e pensionistas, e da ADC n. 9, Rel. Min. Néri da Silveira e Relatora para o acórdão Min. Ellen Gracie, que trata da "Medida Provisória do Apagão".

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. *Direito Federal: revista da associação dos juízes federais*, ano 22, n. 77, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de**.** *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=4. Acesso em 02/07/2006.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait.Brasília: Editora UnB, 1995

CANOTILHO, J. J. Gomes. *El derecho Constitucional como un compromiso permanentemente renovado*. In Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, ano 1998, nº 10.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. Equidade e Jurisdição Constitucional: Notas sobre a Determinação Normativa dos Direitos Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 111, 1991.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol.12, nº. 34, junho/1997.

CASTRO, Marcus Faro de. *Política e Relações Internacionais*. Brasília: Editora UnB, 2005.

CRUZ VILLALÓN. Legitimidade da Justiça Constitucional e princípio da maioria. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Lisboa: Coimbra, 1995.

DINO, Flávio. *Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas – Sugestões para uma Reforma Cultural no Judiciário*. Disponível em http://www.premioinnovare.com.br/content/view/52/61/. Acesso em 15. 06.2006.

DOBROWOLSKI. Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Revistas CCJ*, ano 16, n. 31, 1995. Disponível em: http://buscalegis.ccj.ufsc.br. Acesso em 18.01.2006.

DORADO PORRAS, Javier**.** *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*. Madrid: Dickinson, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Ed. Odile Jacob, 1996.

Grupo de Estudos A Jurisdição Constitucional e a Democracia. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 160, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. New York: W. W. Norton, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. In: *STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça: Doutrina*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça,1999.

MAAR, Leo Wolfgang. *O que é política*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MARQUES, João Batista. O princípio de maioria na doutrina de Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 165. 2005.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma judicialização da Política?. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48. n. 3, 2005. pp. 559 a 587.

ROMÃO, José Eduardo Elias. *Direito e Democracia no Brasil: A Mediação entre Faticidade, Validade, Tupinambás, Gringos e Orixás*. 2003. Dissertação. Mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Interpretação da Constituição*. Disponível em http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm. Acesso em 07.06.2006.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição Constitucional e princípio democrático. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Lisboa: Coimbra, 1995.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. 2nd ed. Cambridge; London: Havard University Press, 2001.

TATE, C. Neal; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.