

REFLEXÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL QUANTO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marcus Gouveia dos Santos¹

Resumo: O presente artigo tem como objeto a discussão sobre o ativismo judicial quanto aos direitos fundamentais em um Estado de Direito democrático. Para alcançar este propósito, formularam-se os seguintes objetivos: a) conceituar e caracterizar o ativismo judicial no sistema do *civil law* e do *common law*; b) investigar e analisar os diferentes fatores fomentadores da ativismo judicial; c) discutir problemas e perspectivas do ativismo judicial pertinentes aos Direitos Fundamentais. Do ponto de vista metodológico, desenvolveu-se pesquisa descritiva, cujas fontes principais foram: legislação internacional, doutrina produzida por juristas de diferentes países, que trazem a lume alguns consensos e divergências quanto ao ativismo judicial e a tutela dos direitos fundamentais. Ao final, apresentam-se considerações, críticas e sugestões, no intuito de contribuir para o desenvolvimento do Estado de Direito Democrático.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais; Ativismo Judicial; Separação de Poderes; Participação Democrática.

CONSIDERANTIONS ABOUT JUDICIAL ACTIVISM REGARDING THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Abstract: This article has as its object the discussion about judicial activism on fundamental rights in a Democratic State of Law. To achieve this purpose, the following objectives were formulated: a) conceptualize and characterize the judicial activism

¹ Procurador do Município do Rio de Janeiro, Advogado, mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

in the *civil law system* and *common law system*; b) investigate and analyze the different factors that encourage judicial activism; c) to discuss problems and prospects of judicial activism on fundamental rights. From a methodological point of view, was developed descriptive research, whose main sources were: international law and doctrine produced by jurists from different countries, who bring lights over the consensus and disagreements about judicial activism and the protection of fundamental rights. At the end, we present some considerations and suggestions in order to contribute to the development of the Democratic State of Law.

Keywords: Fundamental Rights; Judicial activism; Separation of powers; Democratic participation.

INTRODUÇÃO



ão crescentes as demandas judiciais nas quais se reivindicam direitos fundamentais, consistentes principalmente em bens e serviços sociais. Isto porque abandonou-se a postura abstencionista do Estado Liberal para se exigir uma maior intervenção do Estado na garantia dos direitos dos seus cidadãos.

A discussão acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais tem grande importância no contexto histórico atual. Isto porque nos países em desenvolvimento clama-se por uma maior justiça social, com a intromissão do Estado na função de garantir amplo acesso a bens e serviços sociais²³.

² Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) “um quinto da população do mundo em desenvolvimento se deita com fome todas as noites, um quarto carece de acesso mesmo a bens de primeira necessidade como água potável e um terço vive em condições de abjeta pobreza. In “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento”, Human Development Report – Oxford University Press, pag. 2.

³ Ainda segundo os dados do órgão da ONU, “mais de mil milhões e meio de pessoas

Enquanto que nos países desenvolvidos os direitos fundamentais foram resultado de um longo processo histórico de intensa luta social, nos países em desenvolvimento, recentemente saídos de regimes ditatoriais, criou-se uma extensa lista de direitos sem que o Estado detivesse meios de atender aos respectivos anseios sociais.

Em virtude dessa inabilidade do Estado em suprir as demandas sociais, acabou-se por judicializar questões que até bem pouco tempo atrás eram decididas exclusivamente no plano político. Em decorrência disso, em nome de uma pretensa “constituição dirigente”, parte da doutrina e da jurisprudência brasileira vem sustentando que a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais foi retirada da esfera de decisão política do legislador.

Dessa forma, o presente estudo tem como objetivo analisar o ativismo judicial quanto aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira. Para tanto, será analisada a origem e o conceito de ativismo judicial, bem como se indicará os seus fatores fomentadores.

Especificamente no Brasil, questiona-se a intervenção judicial em políticas públicas e a demarcação de limites ao Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais. Nesse sentido, houve proposta de Emenda Constitucional n 33/2011, que aumentava para quatro quintos o número de votos necessários para a declaração de inconstitucionalidade de lei e submetia a eficácia das Súmulas Vinculantes e das declarações de inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais à aprovação do Congresso Nacional.

Desta feita, não se olvida dos sérios problemas sociais vivenciados no Brasil, entretanto o presente estudo tem como

carecem de acesso a água potável e saneamento básico, cerca de 500 milhões de crianças não tem acesso sequer a educação primária; e mais de mil milhões de adultos não sabem ler nem escrever.” In “Ficha Informativa sobre Direitos Humanos” n 16 – Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pág. 6.

objetivo questionar o protagonismo do Poder Judiciário na implementação de direitos fundamentais.

CARACTERIZAÇÃO E DEFINIÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Deve ser esclarecido que o ativismo judicial é mais questionado no sistema do *civil law*, de origem romano-germânica, pois neste o juiz está diretamente atrelado à lei, proveniente do órgão legislativo. Nos sistemas do *common law*, como Inglaterra e EUA, a prática ativista é necessária para que haja uma adaptação do direito ao novo momento social vivenciado. No sistema do *common law* a jurisprudência tem papel fundamental como fonte de direito e constitui precedente para casos futuros, conferindo um papel criativo ao Judiciário na produção do direito⁴.

Ressalte-se que nos EUA o termo ativista se opõe ao passivismo judicial, pelo que não condiz com o termo que se deseja empregar neste estudo. Isto porque o passivismo judicial estaria ligado a um método gramatical de interpretação baseado unicamente no texto da Constituição e na descoberta da intenção do constituinte, denominado interpretativismo (literalismo e originalismo), na qual não são considerados elementos valorativos de uma dada sociedade, que poderiam ocasionar uma interpretação criativa⁵.

O ativismo norte-americano estaria conectado com a concepção não interpretativista ou *construction*. Nesta haveria uma vertente que obedeceria aos parâmetros interpretativos dos dispositivos constitucionais (conceitualista) e outra em que os valores condicionariam a interpretação e aplicação das normas

⁴in “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 272-275; 431-441. Também em “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 110.

⁵in “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 431-441.

constitucionais (simbolismo)⁶.

Portanto, na postura ativista norte-americana haveria uma concepção em consonância com o positivismo jurídico atual (não interpretativismo conceitualista) e outra em discordância (não interpretativismo simbolista). Ressalte-se que a interpretação criativa não se afasta do positivismo jurídico, desde que se atenha aos limites do texto constitucional. Haveria tal afastamento do positivismo quando se apelasse para valores morais, conferindo lhes uma função corretiva e supletiva de normas previstas na constituição. Assim sendo, o termo ativismo empregado no direito norte-americano tem conotação distinta da empregada no sistema da *civil law*⁷.

Feita esta diferenciação, deve ser ressaltado que a Constituição é responsável pela organização do Estado e pela previsão de direitos dos cidadãos frente ao Poder Público. Dessa forma, como medida organizatória e de garantia dos direitos, há uma divisão do Poder Público em funções legislativa, executiva e judicial, cada uma exercida por órgãos independentes e autônomos entre si. No desempenho de sua função, cada órgão ou poder detém uma margem de liberdade denominada discricionariedade.

O Poder Executivo teria uma liberdade de atuação quando prevista em lei ou na constituição. Assim, através de juízo de oportunidade e conveniência, teria escolha quanto ao modo, o momento e a forma para a prática de alguns atos administrativos.

A discricionariedade legislativa seria mais ampla, uma vez que a tarefa de elaboração de normas estaria tão somente subordinada à constituição. Nesse ponto, a atuação do legislador pode ser vedada, permitida ou exigida pela constituição. Quando permitidas ou exigidas, o legislador teria liberdade para criar leis

⁶in “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pág. 431-441.

⁷in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 133.

integradoras (se fundem à norma da constituição para reger determinada matéria), leis de desdobramento de princípios e regras (expandem a disciplina do assunto, mantendo certa autonomia em relação à norma constitucional) e leis de conformação (ponderação de normas- princípio constitucionais)⁸.

Já a discricionariedade judicial não constitui uma liberdade de atuação (como no Poder Executivo) nem de criação de normas gerais (como no Poder Legislativo). A liberdade do juiz é exercida no plano da interpretação dos dispositivos legais. Aqui ganha relevância a Teoria de Direito e a metodologia hermenêutica a ser adotada, na medida em que nas doutrinas pós-positivistas de índole moralista e realista não haveria parâmetros objetivos para se limitar a liberdade interpretativa do Poder Judiciário, ao passo que na teoria positivista os limites são conferidos pelo texto do dispositivo.

Assim sendo, nas doutrinas positivistas a liberdade seria oferecida pela escolha dos métodos de interpretação colocados à disposição do juiz, que confeririam racionalidade e objetividade, limitando a discricionariedade judicial⁹.

Percebe-se, assim, que a liberdade do Legislador na conformação do direito é muito mais ampla do que a do juiz. Ao Legislador cabe somente observar a constituição, enquanto o juiz deve observância a todo o sistema normativo, composto pela constituição e normas infraconstitucionais. A liberdade do juiz se restringe à interpretação do enunciado normativo, diante dos vários significados possíveis de serem extraídos¹⁰. Somente diante de eventual lacuna no sistema normativo, poderia o juiz se utilizar de valores morais extrajurídicos para o julgamento da questão¹¹.

⁸in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 180.

⁹in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 131.

¹⁰in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 124-126.

¹¹in “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes, pós- escrito, pág. 335-339.

Aqui também se faz necessária uma diferenciação entre lacuna técnica e omissão absoluta. Na omissão absoluta haveria um descumprimento de um dever constitucional do legislador em regulamentar determinada matéria prevista em norma constitucional. De outro ponto, a lacuna técnica se daria por uma falha do sistema jurídico em não regulamentar todas as situações da vida em sociedade¹².

Seria possível ao Tribunal suprir a lacuna no sistema jurídico, através da utilização dos métodos de integração do direito, para abarcar o fato não contemplado pela lei, caso em que haveria uma maior liberdade criativa do juiz para suprir a lacuna no direito, permitindo que o juiz decida com base em valores extrajurídicos¹³.

No entanto, diante da omissão absoluta, ao Poder Judiciário não seria permitido a substituição do legislador em sua tarefa constitucional de regulamentar a matéria carecedora de lei, suprimindo, dessa forma, este tipo de omissão¹⁴.

Portanto, a liberdade do Poder Judiciário poderia ser exercida diante de uma lacuna técnica, bem como, de forma mais restrita, na sua atividade interpretativa. Na liberdade de interpretar, o Poder Judiciário deve seguir parâmetros objetivos e se ater ao limite do texto uma vez que tal liberdade não pode configurar

¹²in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, página 215.

¹³in “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed, pág.161. O autor aponta que existem divergências entre os próprios expoentes do positivismo inclusivo sobre a discricionariedade do juiz. Alguns entendem que há existência de discricionariedade na aplicação de *standarts* morais objetivos, enquanto outros entendem que se a moral é objetiva não haveria discricionariedade.

¹⁴in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, página 215.

indevida interferência nos demais poderes. Ao pretexto de interpretar, não pode o Poder Judiciário suprir omissões absolutas inconstitucionais para elaborar leis ou criar políticas públicas, sob pena de usurpação das funções típicas do Poder Legislativo e do Executivo e, conseqüente, violação ao princípio da separação de poderes e do princípio democrático.¹⁵

A função do Poder Judiciário é de fiscalizar os atos dos demais poderes. Embora a interpretação e a aplicação da lei tenham um aspecto criativo, a mesma deve ser realizada por meio de um método de exegese para que seja objetiva e imponha limites interpretativos.¹⁶

Portanto, o ativismo seria caracterizado pela ausência de vinculação do Poder Judiciário ao texto da constituição ou da lei, com invasão das competências reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, resultando na violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático.¹⁷¹⁸ Como consequência, as decisões políticas seriam deslocadas da esfera de

¹⁵in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, página 215.

¹⁶ Nesse sentido, segundo Gomes Canotilho, “mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como ‘legisladores negativos’ (a declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores do direito (ao elaborarem ‘normas’ para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático.” In “Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política”, Revista de Direito Administrativo, 245:91, maio/ago 2007, Fundação Getúlio Vargas.

¹⁷ Segundo Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial poderia ser conceituado como “a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”. Conforme menciona o mesmo autor, haveria uma “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.” In “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 116-117.

¹⁸ Por não haver limitação ao texto normativo, o pragmatismo, o moralismo e o neoconstitucionalismo acabam por desembocar em prática ativista. In “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 134.

competência da maioria para o Poder Judiciário¹⁹.

FATORES FOMENTADORES DO ATIVISMO

Neste ponto, deve ser ressaltado que o modelo de Estado Social é um fator de impulsão do ativismo judiciário²⁰. A transformação do Estado Liberal, de característica nitidamente de abstenção, em Estado Social, com nítido caráter intervencionista, resulta em uma maior intervenção do Poder Judiciário. Tal intervenção decorre da carência da população por direitos sociais. Como o Poder Legislativo e o Poder Executivo não são capazes de atender a todos os anseios, as pretensões acabam por desembocar no Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade abstrato, exercido pelas Cortes Constitucionais, também representa um fator fomentador do ativismo²¹. As decisões dos Tribunais são dotadas de eficácia *erga omnes* e, atualmente, não se restringem a declarar a nulidade da lei. A existência de sentenças manipulativas comprova que os Tribunais Constitucionais não se limitam mais a retirada da norma do mundo jurídico, como legislador negativo proposto por Hans Kelsen. Da interpretação exercida pelo Tribunal Constitucional deflui grande atividade interpretativa criativa, que em alguns casos pode desaguar em ativismo, como são exemplo as sentenças aditivas substitutivas e as sentenças de revisão.

¹⁹ Segundo Inocêncio Mártires Coelho, essa prática ativista estaria “caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas, como já enunciado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”. Segundo o mesmo autor, seria característica desse ativismo “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e e) mais concretização do que interpretação”. In “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 148-149.

²⁰in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 268.

²¹in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 277.

Outro fator fomentador do ativismo seria a função normativa atípica exercida pelo Supremo Tribunal Federal. A súmula vinculante em alguns casos seria fruto de uma atividade normativa criativa do Supremo, gerando efeitos *erga omnes* e vinculantes para os órgãos administrativos e judiciários. Seria um fator impulsionador do ativismo na medida em que haveria uma aproximação excessiva com a atividade legislativa²². Pelas mesmas razões, a nova orientação do Supremo quanto à decisão proferida em mandado de injunção²³, na qual foi reconhecida a eficácia *erga omnes*, seria um elemento de impulsão do ativismo.

Por fim, poderia ser elencada a doutrina neoconstitucionalista, a qual principalmente baseada no moralismo jurídico e no realismo jurídico não seria somente um fator de impulsão do ativismo judicial, mas também seria sua base dogmática.²⁴

Alguns exemplos de ativismo judicial podem ser citados. Em controle difuso, o Supremo Tribunal Federal teve postura ativista quando do julgamento da perda do mandato parlamentar por desfiliação partidária²⁵. No voto do Ministro Carlos Brito foi invocada a dogmática do moralismo jurídico de Dworkin e uma suposta superação do positivismo jurídico para justificar a perda do mandato de parlamentar que deixasse seu partido político. Registre-se que a perda de mandato por desfiliação partidária apresenta uma severa restrição a um direito político fundamental, sem que para tanto haja qualquer autorização na Constituição Federal Brasileira, uma vez que não consta do rol previsto no artigo 55²⁶.

Ainda em sede de controle difuso, há uma jurisprudência ativista dos Tribunais Comuns Brasileiros e do próprio Supremo

²²in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 293; 300.

²³mandado de injunção n. 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA.

²⁴in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 285.

²⁵Mandado de Segurança n 26.604 e Resolução 22.526 do Tribunal Superior Eleitoral.

²⁶in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 245.

Tribunal Federal para a concretização de direitos sociais derivados de normas programáticas²⁷. Como se trata de controle de constitucionalidade incidentalmente discutido em um caso concreto, as sentenças ativistas têm o efeito de efetivamente conferir prestações sociais.²⁸ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal adotou postura ativista no julgamento do agravo regimental em Recurso Extraordinário n. 410.715-5/SP, no qual, mesmo reconhecendo implicitamente que se tratava de norma de eficácia limitada e natureza programática, a Corte entendeu pela existência de direito subjetivo e correlato dever do Município em garantir a educação infantil para crianças até 5 anos de idade, em creches e pré-escolas. Ressalte-se que, por se tratar de norma programática, eventual existência de direito subjetivo deveria restar condicionada à intermediação do legislador ordinário, às operações materiais e administrativas e sujeitas às condições econômicas²⁹.

Da mesma forma, no julgamento do ARE 639337 o Supremo Tribunal Federal entendeu que a omissão total ou parcial dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação de políticas públicas sociais previstas em normas programáticas constitucionais permitiria ao Poder Judiciário intervir para concretização dos direitos sociais. Ademais, neste mesmo julgado, confunde-se mínimo existencial com o conteúdo mínimo do direito social para se conferir um direito subjetivo oriundo deste último, sem observância da decisão política e da existência de recursos.

²⁷in “Revista de Direito Sanitário”, “O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde- O desafio de compreender um direito com duas faces”, Patrícia Ulson Pizarro Werner, Ed. LTR, vol 9, 2008, São Paulo, págs. 105-126.

²⁸ Segundo Carlos Blanco de Moraes, nessa circunstância “configura o Judiciário como um centro de poder normador e prestador de benefícios sociais dotado de caráter supletivo em relação aos Poderes Legislativo e Administrativo.” In “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 162.

²⁹in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 264.

Também, como fundamento do acórdão, há a defesa da existência de um pretense direito ao não retrocesso social.³⁰

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2011- O PAPEL DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em reação à jurisprudência ativista foi elaborada a proposta de emenda constitucional 33/2011, na qual aumentava a quantidade mínima de votos necessários para declaração de inconstitucionalidade de lei, bem como submetia ao Congresso Nacional a decisão sobre inconstitucionalidade de Emendas à Constituição e os efeitos das Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal. Na justificativa da proposta existe questionamento expresso sobre o ativismo judicial e sobre a atribuição da última palavra ao Poder Judiciário para interpretação da Constituição.

A Tese de Jeremy Waldron foi o motivo justificador da Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, inclusive sua teoria consta expressamente da justificativa do projeto. O referido jurista critica a competência do Poder Judiciário para a última palavra sobre a interpretação da constituição, sustentando para tanto a necessidade da teoria dos direitos fundamentais ser complementada pela teoria da autoridade.

Por essa teoria, aduz que o desacordo no âmbito dos direitos fundamentais seria a respeito do seu conteúdo e alcance, sendo que os Tribunais também decidiriam por maioria e suas decisões seriam tão imprevisíveis quanto às emanadas do Poder

³⁰ No ARE 639337 há informação de que a jurisprudência do STF teria se consolidado no sentido de que haveria a possibilidade de intervenção judicial para a concretização de direitos sociais em caso de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em implementar políticas públicas sociais. Para tanto, o relator do recurso cita os julgados consubstanciados no AI 475.571, RE 401.673, RE 411.518, RE 595.595, dentre outros.

Legislativo, agravada pelo fato de carecerem de legitimidade democrática.

Conclui que a competência para dizer o conteúdo do direito seria do parlamento, uma vez que teria sido observado o procedimento democrático de decisão. Segundo o autor, atribuir tal competência ao Poder Judiciário seria substituir um procedimento democrático de tomada de decisão por outro antidemocrático, na qual se atribuiria a uma elite judicial a decisão sobre o conteúdo dos direitos dos cidadãos.³¹³²

Primeiramente, segundo o próprio Waldron, sua teoria somente teria aplicação sob certas condições, notadamente onde as sociedades democráticas detivessem um Poder Legislativo funcional e o desacordo fosse somente sobre o conteúdo do direito³³. Na realidade brasileira, em virtude dos recentes escândalos acontecidos no Congresso Nacional e da sua omissão na elaboração de normas, muito se discute sobre a credibilidade e a funcionalidade do sistema político eleitoral e do próprio Poder Legislativo. Assim, seria controversa a existência das condições colocadas pelo autor para que o Legislativo decidisse sobre o

³¹ Segundo Waldron: “Disagreement about rights is not unreasonable, and people can disagree about rights while still taking rights seriously. In these circumstances, they need to adopt procedures for resolving their disagreements that respect the voices and opinions of the persons—in their millions—whose rights are at stake in these disagreements and treat them as equals in the process. At the same time, they must ensure that these procedures address, in a responsible and deliberative fashion, the tough and complex issues that rights-disagreements raise. Ordinary legislative procedures can do this, I have argued, and an additional layer of final review by courts adds little to the process except a rather insulting form of disenfranchisement and a legalistic obfuscation of the moral issues at stake in our disagreements about rights” (página 1406). In “The core of the case against Judicial Review”, Jeremy Waldron, *The Yale Law Journal*, 2006, páginas 1348- 1406.

³² in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 149-155.

³³ Segundo o autor: “I have not sought to show that the practice of judicial review of legislation is inappropriate in all circumstances. Instead I have tried to show why rights based judicial review is inappropriate for reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights.” (página 1406). In “The core of the case against Judicial Review”, Jeremy Waldron, *The Yale Law Journal*, 2006, páginas 1348- 1406.

conteúdo do direito.

De outro lado, alguns reparos merecem ser feitos na teoria de Waldron uma vez que desconsidera que o desacordo não estaria sobre o conteúdo do direito, mas sim em estabelecer se o ato do Poder Público de afetação do direito fundamental seria legítimo ou não. Outrossim, a tese de Waldron permite que o Poder Público responsável pela restrição seja também chamado a dizer sobre a legitimidade de sua violação. Por fim, o desacordo não seria meramente político, mas também jurídico, na medida em que os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição enquanto garantias jurídicas.³⁴

Nesse ponto é necessário esclarecer que pode surgir um desacordo político sobre o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais, principalmente quanto a questões polêmicas na sociedade. Aqui o Parlamento democrático deve decidir sobre a melhor forma de se regulamentar a questão, tendo em vista parâmetros religiosos, filosóficos, culturais, financeiros, etc. A intervenção do Poder Judiciário somente surge em momento posterior para verificar se a decisão do legislador democrático infringiu alguma norma da Constituição, pelo que a atividade jurisdicional se atém a uma questão jurídica. Portanto, o papel do juiz não é arbitrar o desacordo sobre o conteúdo ou alcance de um direito fundamental, uma vez que tal tarefa cabe ao legislador democrático; a tarefa da Jurisdição Constitucional seria somente a de aferir se a decisão da maioria está em conformidade com os preceitos da Constituição.³⁵

Considerando a Constituição como norma jurídica, nada mais lógico que conferir a última palavra ao Poder Judiciário para decidir sobre a constitucionalidade dos atos do Poder Público, tendo em vista a sua imparcialidade e independência que

³⁴in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 155-181.

³⁵in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 155-181.

constituem garantias institucionais; a necessidade de fundamentação, coerência e integridade das decisões judiciais; a especialização das jurisdições constitucionais; a ausência de responsabilidade política; e o controle dos atos do Poder Legislativo. Não faria sentido em atribuir ao Legislador democrático, representante da maioria, a decisão a respeito da constitucionalidade de um ato que afeta um direito fundamental. Como os direitos fundamentais são exatamente para defesa contra eventuais desmandos da maioria, a atribuição dessa competência ao Legislador deixaria os direitos fundamentais desprotegidos.³⁶

Por mais controversa que seja a questão, a Constituição Brasileira atribui expressamente a competência ao Poder Judiciário para análise da constitucionalidade dos atos do Poder Público, portanto a proposta de Emenda Constitucional 33/2011 seria claramente atentatória à constituição e à garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, não se deve abdicar da importante função do Poder Judiciário de garantidor dos direitos fundamentais, entretanto devem ser estabelecidos limites à atividade jurisdicional para que não haja uma interferência indevida nas tarefas atribuídas constitucionalmente aos demais Poderes.

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Embora a divisão de Poderes tenha sido atribuída a Aristóteles, foi com Mostesquieu, em “O Espírito das Leis”, na conjuntura das Revoluções Liberais do século XVIII, que foi formulada a estrutura hoje conhecida da separação de poderes. Nesse sentido, a Constituição surge como forma de organizar o Estado e garantir direitos aos cidadãos frente ao Poder Público.

³⁶in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 155; 143-147. O autor cita o modelo de Westminster que atribui a última palavra para as assembleias parlamentares democráticas para dizer sobre a constitucionalidade dos atos que restringem direitos fundamentais.

Como medida de organização do poder estatal, este seria dividido em diversas funções (legislativa, executiva e judiciária) e atribuída a órgãos independentes e autônomos entre si. Isso não impediria que houvesse eventual exercício de uma função típica de um órgão por outro (sistema de freios e contrapesos), com a finalidade principalmente de contenção de um Poder sobre o outro³⁷. Entretanto, não se poderia admitir o exercício de uma função típica de um dos Poderes por outro, de forma permanente e sem qualquer previsão constitucional.

Nesse ponto, a separação de poderes exerce fundamental importância, não só como medida organizatória do Estado, mas principalmente como forma de garantia dos direitos fundamentais, na qual cada órgão conteria o outro para que não fossem cometidas arbitrariedades em face dos direitos dos cidadãos. Ressalte-se que nos regimes ditatoriais haveria a concentração destas funções em um só poder, por conta disso o princípio da separação de poderes tem grande relevância constitucional, tendo inclusive *status* de cláusula pétrea na constituição brasileira.

Vale lembrar que Montesquieu já informava que não haveria liberdade do cidadão onde houvesse concentração das funções públicas.³⁸ Não foi por outro motivo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo XVI, dispôs que não há Constituição caso não seja assegurada a garantia dos direitos e a Separação de Poderes.

³⁷in “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, AlianzaUniversidad Textos, Alianza Editorial, 1996, páginas 189-200.

³⁸ Segundo Montesquieu: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam lei tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado do poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” In “O espírito das leis”, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1, pág. 181.

Segundo a concepção neoconstitucionalista, através do conceito de “constituição dirigente” as normas constitucionais teriam um efeito irradiante para todo o sistema jurídico. Desta feita, teria um efeito irradiante para as relações privadas através de uma “filtragem constitucional” das normas de direito privado, por meio da qual haveria uma releitura das normas que regem as relações jurídicas entre particulares. Entretanto, aplicado este efeito irradiante de forma indiscriminada, haveria a violação da autonomia privada, na qual os particulares teriam a liberdade para pactuar o que desejassem e daí extrair os efeitos jurídicos respectivos³⁹.

Já no campo do direito público, as normas constitucionais teriam um efeito vinculante e diretivo para transformação da sociedade. Haveria uma determinação da constituição sobre a legitimidade das políticas públicas, com a conseqüente judicialização da política e a possibilidade de controle jurisdicional sobre as mesmas⁴⁰. Segundo a doutrina neoconstitucionalista, não haveria violação do princípio da separação de poderes uma vez que este deveria ser reinterpretado a luz do novo Estado Social, na qual sobressai a função do Poder Público de implementar os direitos sociais previstos na constituição⁴¹. Caso haja omissão do Poder Legislativo e do Executivo nessa tarefa, o Judiciário poderia supletivamente exercer essa função de concretização da constituição em nome do princípio da inafastabilidade judicial, do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da

³⁹in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 192.

⁴⁰in “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 190.

⁴¹ Nesse sentido também é a doutrina de Alexy. In “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008, página 512-513. Também em “Derechos sociales y ponderación”, Robert Alexy e outros, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pág. 45-84.

aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁴².

Entretanto, a desconsideração da vontade do legislador e do administrador público, com fundamento de realização da “vontade” da Constituição, viola o princípio da separação de poderes. Como também viola o princípio democrático, uma vez que cabe aos representantes eleitos pelo povo a escolha da decisão política que melhor atenda ao interesse da sociedade, principalmente para decidir sobre as opções de implantação de políticas públicas sociais⁴³.

De outro lado, somente os administradores e legisladores possuem responsabilidades quanto às consequências dessas escolhas, principalmente previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei de Improbidade. Já as escolhas realizadas pelos juízes, além de não serem legitimadas pelo sufrágio universal, são isentas de responsabilidades por opções equivocadas. Além disso, o Poder Judiciário na função supletiva de implantação de políticas sociais não teria a fiscalização de qualquer outro Poder, convertendo-se em um “super poder”⁴⁴.

Outrossim, o Poder Legislativo e o Poder Executivo não só estão legitimados pela Constituição para decidir sobre essas políticas públicas de implementação de direitos, como também possuem dados técnicos que permitem uma melhor otimização de recursos para atendimento de um número maior de beneficiários. Assim, não só o princípio da separação de poderes acaba por ser violado, mas o princípio da eficiência do serviço público e da igualdade entre os pretensos beneficiários⁴⁵.

A função constitucional do Judiciário é dirimir conflitos de interesses, seja no caso concreto seja ao realizar juízo de

⁴²in “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008, página 438-444.

⁴³in “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010, página 151.

⁴⁴in “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010, página 151-156.

⁴⁵in “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010, páginas 151; 173 -187.

constitucionalidade dos atos do Poder Público, sempre subordinado à lei e à Constituição. Sua função é de revisão e fiscalização dos atos praticados pelos demais Poderes⁴⁶, em um exercício de justiça corretiva. Em assim sendo, a tarefa da Jurisdição Constitucional seria somente a de aferir se a decisão da maioria está em conformidade com os preceitos da Constituição.⁴⁷

Portanto, não constitui função do Poder Judiciário o exercício de uma justiça distributiva, na qual se objetiva uma igualdade social através de opções políticas e da atribuição de recursos aos mais carentes. O juiz não dispõe de instrumentos para o desempenho dessa atividade, uma vez que deve se limitar aquilo que estiver provado no processo, em nome do princípio do livre convencimento motivado e da fundamentação das decisões judiciais, sendo certo que a atuação judicial fora dos limites do que restou provado no processo acaba por violar a própria imparcialidade judicial.

Logo, onde houver a concentração das funções de criar normas jurídicas e de fiscalizá-las, há violação do princípio da separação de poderes uma vez que não haveria a divisão do Poder Público em funções e a correspondente autocontenção estatal para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos⁴⁸.

Por outro lado, a doutrina neoconstitucionalista sustenta que o princípio democrático deve ser baseado não só no seu aspecto formal (garantia do procedimento para escolha dos representantes políticos), mas também na sua dimensão substancial.

⁴⁶in “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010, página 151.

⁴⁷in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 155-181.

⁴⁸ Repetindo as palavras de Inocêncio Mártires Coelho, essa prática ativista estaria “caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas, como já enunciado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”. In “Curso de Direito Constitucional”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, 4ª Edição, Saraiva, 2009, página 148-149.

Dessa forma, o princípio democrático somente estaria plenamente garantido quando fossem implementados os direitos sociais e econômicos, uma vez que estes seriam pressupostos ao exercício da democracia.

No entanto, não se pode confundir Estado Democrático de Direito com Estado Social, uma vez que um não pressupõe o outro. Atualmente existem Estados Democráticos que optaram por não consagrar direitos sociais em suas constituições como, por exemplo, os EUA e a Alemanha. Da mesma forma, há Estados Sociais totalitários, como a China. Na verdade, a Estado Democrático é caracterizado pelo fato do poder político ser exercido pelo povo, de forma direta ou indireta, neste último caso através de representantes. Dessa forma, a previsão constitucional de direitos sociais fundamentais não constitui condição de existência para o Estado Democrático de Direito⁴⁹.

De outro ponto, mesmo para aqueles que advogam a tese da democracia econômica, social e cultural, esta seria uma imposição constitucional ao Poder Legislativo para que fossem adotadas medidas de implementação de uma justiça social. Dessa forma, a democracia econômica, social e cultural somente seria realizada mediante a observância obrigatória da democracia política e do princípio do Estado de Direito, uma vez que somente seria concebida por meio dos representantes eleitos.⁵⁰

Não se pode negar que existem determinadas questões nas quais o legislador democrático estaria impedido de decidir,

⁴⁹in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 170.

⁵⁰ Segundo Gomes Canotilho, o princípio da democracia econômica e social não serviria para embasar direitos subjetivos perante os tribunais, uma vez que “o princípio da democracia econômico e social é tão somente um princípio jurídico fundamental objectivo e não uma norma de prestação subjectiva. A favor desta consideração milita ainda o facto de a democracia econômica e social ser uma tarefa do legislador e não dos tribunais.” (pág. 343). In “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 337- 343.

uma vez que, em virtude da força normativa da Constituição, o poder constituinte já teria decidido. Entretanto, em questão de conformação e concretização de direitos fundamentais, principalmente de índole social, caberia à maioria realizar a escolha embasada em motivos políticos, em nome do princípio democrático e da separação de poderes. Ao Poder Judiciário somente restaria a função de fiscalizar juridicamente esta escolha política, mas nunca de substituir a decisão democrática por aquela que entenda conveniente.⁵¹

CARACTERIZAÇÃO DO ATIVISMO NO CAMPO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais estariam sujeitos a algumas reservas, as quais o Poder Judiciário não teria competência para intervir por não se tratar de questões jurídicas. São elas: a reserva imaneente da ponderação, a reserva do politicamente adequado e reserva do possível.⁵²

Os direitos fundamentais não são absolutos e a limitabilidade decorre da sua própria natureza, tendo em vista, inclusive, que a grande maioria é consagrada de forma abrangente em normas- princípio. Daí porque incide sobre elesuma reserva geral imaneente de ponderação, caso em que poderia o legislador antecipar eventual conflito entre direitos fundamentais ou outros valores ou bens e, desde logo, decidir através de ponderação pela prevalência de um direito, valor ou bem sobre o direito restringido.⁵³Portanto, o legislador deteria uma liberdade de conforma-

⁵¹in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 37-64.

⁵²in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 370-371.

⁵³in “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012, páginas 37-64; 80-81. No mesmo sentido, Canotilho admitindo restrições não expressamente autorizadas, in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho,

ção pararestringir o direito fundamental com vistas a garantir outro valor ou bem, cabendo ao Poder Judiciário fiscalizar se a opção política viola alguma norma constitucional.⁵⁴

Pela reserva do politicamente adequado haveria uma margem de escolha política dos representantes da maioria eleita, uma vez que existiriam vários meios possíveis de proteção ou promoção do direito fundamental. Ao Poder Judiciário somente caberia a análise da decisão democrática quando se tratasse de uma proteção ou promoção deficiente, tendo em vista a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Já a reserva do possível seria um reforço à reserva do politicamente adequado, uma vez que além de dizer respeito à existência de recursos disponíveis também envolve a questão da competência para decidir onde esses recursos serão gastos.⁵⁵ Dessa forma, ao contrário do que entende a jurisprudência brasileira de que seria somente a existência de recursos financeiros em cofres públicos, a reserva do financeiramente possível também envolve uma competência do legislador para decidir onde os mesmos serão alocados. Ao Poder Judiciário caberia somente fiscalizar a relevância da reserva do possível para a implementação do direito fundamental, tendo em vista que para a concretização do direito pode ser desnecessário o aporte de recursos públicos.

Dessa maneira, o legislador ordinário poderia expandir e desdobrar os efeitos das normas- princípio e teria certa discricionariedade para prever o conteúdo e o modo de exercício dos direitos fundamentais. Essa discricionariedade somente deixaria de existir, por completo, quando o Poder Constituinte já tivesse decidido a questão, prevendo o direito em formato de regra.⁵⁶

Pelo princípio da autolimitação judicial, o Poder Judici-

página 1277.

⁵⁴in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 186.

⁵⁵in “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010, página 277; 280.

⁵⁶in “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, pág. 186.

ário não pode substituir decisões políticas de conformação, expansão, desdobramento e concretização das normas de direitos fundamentais, uma vez que há uma margem de escolha dos representantes da maioria. Somente quando a questão política possa ser analisada de acordo com parâmetros jurídicos constitucionais, pode o Poder Judiciário verificar a constitucionalidade da política, pelo que a análise judicial somente pode incidir sobre vícios de constitucionalidade, mas nunca sobre vícios de mérito (oportunidade e conveniência política).⁵⁷⁵⁸

Inobstante, notadamente quanto aos direitos sociais prestacionais tem sido recorrente no Judiciário Brasileiro decisões que conferem direitos subjetivos decorrentes de normas de eficácia limitada, suprimindo a omissão constitucional do Poder Legislativo. Neste ponto, haveria que ser distinguido três tipos de omissões quanto à implementação dos direitos sociais⁵⁹.

A primeira seria uma omissão total do legislador em cumprir seu dever constitucional, na qual o Tribunal substituiria o legislador na sua tarefa e criaria a norma aplicável. Não seria dado ao Tribunal legislar sobre políticas públicas, conferindo direitos subjetivos com base em normas programáticas, sob pena de violação do princípio da separação de poderes⁶⁰.

A segunda envolveria uma omissão administrativa, uma vez que haveria lei e regulamentação, aptos a conferir eficácia às normas programáticas e a gerar direito subjetivo. Aqui não

⁵⁷in “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, 7ª Ed., Ed. Almedina, J.J. Gomes Canotilho, pág. 1308 -1309.

⁵⁸in “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012, página 370-371.

⁵⁹in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 217. Embora o autor utilize a classificação para o estudo da omissão específica na área da saúde, a mesma serve para os demais direitos sociais.

⁶⁰in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012, página 218.

haveria intromissão do Poder Judiciário em atividades do Legislativo ou do Executivo, mas sim se trataria de cumprimento de uma política pública já estabelecida em lei⁶¹.

Na terceira espécie haveria uma omissão aparente, na medida em que haveria lei regulamentando o direito previsto em norma constitucional programática. No entanto, o Tribunal deixaria de aplicá-la e julgaria o caso concreto com base em outra norma por ele produzida. Haveria a concretização de um direito pelo Tribunal, através da extração de um direito subjetivo de uma norma de eficácia limitada programática, o que já seria questionável. Se não bastasse isso, o juiz analisaria a legitimidade da política pública para entendê-la suficiente ou não para implementação do direito, afastando sua aplicação. Aqui haveria uma desconsideração judicial das razões que fundamentaram a política pública, com invasão da esfera de competência do Poder Legislativo para optar pela melhor forma de concretização do direito.⁶²

A situação é ainda mais grave quando se sabe que a Justiça ainda não é acessível para as camadas mais pobres da população. Dessa forma, frente à limitação de recursos, a concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário pode representar a falta de investimentos para implementação de direitos para as classes mais carentes da população, o que só aumentaria a exclusão social. Se não bastasse isso, há uma nítida perda da imparcialidade judicial, na medida em que o juiz passa a ser interessado no processo, na qualidade de defensor de uma política pública por ele criada e imposta no caso concreto.⁶³

⁶¹in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, página 219.

⁶²in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, página 219.

⁶³in “O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a

Dessa forma, a prática ativista no campo dos direitos fundamentais ocorre quando o Judiciário, conferindo interpretação além dos limites do texto do dispositivo constitucional, substitui o Poder Legislativo na sua função de elaboração de norma geral de conformação, de expansão, de desdobramento e concretização de normas constitucionais. A prática mais comum seria a concretização de direitos sociais diretamente de normas constitucionais de eficácia limitada programática e a substituição da decisão política da maioria democrática por aquela que o juiz entende melhor. Como consequência, além da violação ao princípio da separação de poderes e do princípio democrático, acarretaria a mitigação do princípio da igualdade entre eventuais beneficiários.

CONCLUSÃO

É importante frisar que não se deve abdicar da importante função do Poder Judiciário de garantidor dos direitos fundamentais, entretanto devem ser estabelecidos limites à atividade jurisdicional para que não haja uma interferência indevida nas tarefas atribuídas constitucionalmente aos demais Poderes.

Nesse sentido, deve ser adotado um método que confira cientificidade e segurança jurídica na interpretação e aplicação da Constituição, no qual a atividade criativa estaria balizada por fatores objetivos e o texto normativo seria o ponto de partida e o limite da interpretação. As doutrinas pós-positivistas, tanto de caráter sociológico como de caráter axiológico, podem acabar por conferir interpretação ao enunciado normativo que escape ao seu conteúdo semântico.

O mesmo ocorreria quanto à doutrina neoconstitucionalista, ao propor uma nova hermenêutica com base em princípios

tutela dos direitos sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro-março, 2012, página 219.

e valores, na qual não haveria a adoção de um método de interpretação e aplicação do direito ou o mesmo deveria ser baseado na técnica da ponderação exclusivamente.

Como espécie de norma jurídica, a Constituição necessita de um método científico de interpretação que confira segurança jurídica, uma vez que os valores morais objetivados na Constituição não são cartas adaptáveis a todas as situações de acordo com a vontade do intérprete, bem como a técnica da ponderação somente deve ser utilizada nos chamados *hard cases*, quando a ausência de normas diretamente aplicáveis torne necessária a solução do caso concreto em que haja a colisão de princípios.

O abandono da tradicional metodologia interpretativa acarreta subjetivismo na aplicação das normas constitucionais e enseja o ativismo judicial, que seria caracterizado pela ausência de vinculação do Poder Judiciário ao texto da constituição, com invasão das competências reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, resultando na violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático.

Além do aspecto jurídico de violação aos citados princípios constitucionais, do ponto de vista sociológico a concretização de direitos sociais através de decisões judiciais ativistas pode acarretar o efeito perverso de excluir os mais necessitados. Notadamente no Brasil, onde somente as pessoas com algum poder aquisitivo possuem condições de litigar no Poder Judiciário, a grande massa carente está excluída das decisões judiciais de concretização de direitos sociais. Como a utilização de recursos financeiros para a execução das decisões judiciais implica remanejamento e diminuição de aplicação em outras áreas, fica patente que há uma exclusão dos mais necessitados.

Como forma de se impor limites ao ativismo judicial, principalmente no campo dos direitos fundamentais, devem ser observados alguns parâmetros. Primeiramente, deve ser verificado se o direito fundamental está previsto em um formato de regra, ou seja, uma decisão definitiva, de comando absoluto e de

conteúdo determinado ou determinável, caso em que a norma será aplicada por subsunção.

De outro lado, quando se tratar de um princípio de direito fundamental haveria certa indeterminação normativa, caso em que há uma margem para decisão política. Neste caso, a decisão judicial não pode substituir a decisão política do legislador democrático, salvo quando esta decisão política contrariar normas constitucionais. Logo, em se tratando de normas princípios, a margem da intervenção judicial dependeria da espécie de dever estatal envolvido (respeito, proteção ou promoção); da dimensão negativa ou positiva do direito fundamental; e da observância dos denominados limites aos limites.

A depender do dever estatal envolvido, os direitos fundamentais podem estar condicionados a uma reserva de ponderação, a uma reserva do politicamente adequado e a uma reserva do possível. A primeira confere margem para ponderação política a ser realizada pelo legislador, na qual se objetiva restringir o direito para se garantir um bem ou valor digno de maior proteção. A segunda dá competência à maioria para decidir politicamente sobre a melhor forma de concretização do direito. Por fim, a reserva do possível é um reforço à margem política de decisão, na qual o legislador democrático teria a atribuição de eleger as prioridades públicas de acordo com os recursos disponíveis.

De outro ponto, tratando-se de um direito fundamental na sua dimensão negativa, o juiz teria parâmetros jurídicos objetivos para avaliar a violação ao direito, ao passo que no caso do direito fundamental na sua dimensão positiva o julgador não teria condições de avaliar o momento da violação, estipular o conteúdo e o modo de exercício do direito.

Tratando-se de questão política, o Parlamento democrático deve decidir sobre a melhor forma de conformação, de expansão, de desdobramento e concretização das normas de direi-

tofundamental, tendo em vista parâmetros religiosos, filosóficos, culturais, econômicos, etc. A intervenção do Poder Judiciário somente surge em momento posterior para verificar se a decisão da maioria infringiu alguma norma da Constituição, pelo que a atividade jurisdicional se atém a uma questão jurídica e de fiscalização dos atos dos demais Poderes.



BIBLIOGRAFIA:

- 1) “A Constituição burguesa: qu’est-ce que Le Tier État”, Emmanuel Joseph Sieyès, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
- 2) “A eficácia dos direitos sociais”, Ana Cristina Costa Meireles, editora juspodivm, 2008.
- 3) “Antiformalismo jurídico – uma abordagem institucionalista da integração regional”, Clarissa Franzoi Dri, Cadernos PROLAM/USP, ano 8- vol 1, 2008.
- 4) “Aplicabilidade das normas Constitucionais”, José Afonso da Silva, 6ª Ed., Editora Malheiros, 2002.
- 5) “A Recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional”, Jorge Miranda, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar, 1995.
- 6) “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos”, Elival da Silva Ramos, Ed. Saraiva.
- 7) “Comentário n 3”, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 14/12/90.
- 8) “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, Eduardo Appio, Juruá Editora, 2010.

- 9) “Curso de Direito Constitucional”, Carlos Blanco de Moraes, Tomo 1, Editora Coimbra, 2ª Ed.
- 10) “Curso de Direito Constitucional”, 4ª Ed., Ed. Saraiva, Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes.
- 11) “Critica del Derecho Natural”, “Justicia y derecho natural”, Hans Kelsen, obra coletiva, Tradução Elias Diaz, Taurus, Madrid, 1966.
- 12) “Critica del Derecho Natural”, “El Derecho Natural”, A. Passerin d’Entreves Courmayeur, obra coletiva, Tradução Elias Diaz, Taurus, Madrid, 1966.
- 13) “Das Recht auf Sicherung des Existenz minimums unter europäischem und inner staatlichen Druck”, José Martínez Soria, Editadopela Berlin e-Working Papers on European Law - Chair of Public Law and European Law, Nr. 43, 2006.
- 14) “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais”, Paulo Otero, O Direito, 1990, III-IV.
- 15) “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Antonio Enrique Perez Luño, Tecnus, 6ª Ed., 1999, Madrid.
- 16) “Derechossociales y ponderación”, Robert Alexy e outros, Ed.FundaciónColoquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- 17) “De lasoberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano”, Peter Haberle, tradução Héctor Fix- Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, série Ensayos Jurídicos - núm 12.
- 18) “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, Jürgen Habermas, v. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
- 19) “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, J. J.

- Gomes Canotilho, Ed. Almedina, 7ª Ed.
- 20) “Direitos Fundamentais: Introdução Geral”, José Melo Alexandrino, Principia Editora, 2ª Ed.
 - 21) “Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático”, Jorge Reis Novais, Coimbra Editora, 2012.
 - 22) “Direitos Humanos”, Ficha Informativa 16, Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
 - 23) “Direitos Sociais”, Jorge Reis Novais, Coimbra editora, 2010.
 - 24) “Economia y Sociedad – esbozo de sociología comprensiva”, Max Weber, tradução José Medina Echavarría e outros, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1996, 2ª Ed, 10ª reimpressão.
 - 25) “Escritos de Derecho Constitucional”, Konrad Hesse, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
 - 26) “Ficha Informativa sobre Direitos Humanos” n 16 – Rev. I, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
 - 27) “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, Peter Haberle, Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.
 - 28) “História das Idéias Políticas”, Diogo Freitas do Amaral, Volume II, Lisboa 1998.
 - 29) “Incorporation by Law”, Joseph Raz, Legal Theory, vol. 10, publicado pela Universidade de Cambridge, 2004.
 - 30) “Introdução à Filosofia do Direito”, Gustav Radbruch, tradução Jacy de Souza Mendonça, 3ª Ed. 1965.
 - 31) “Justiça Constitucional”, Carlos Blanco de Morais, Tomo 2, Editora Coimbra, 2ª Ed.
 - 32) “Language, verdad y logica”, A. J. Ayer, Ed. Martinez Roca, Barcelona, 1971.
 - 33) “Legitimação pelo procedimento”, Niklas Luhmann, Ed.

- Universidade de Brasília, Tradução Maria da Conceição Côrte- Real.
- 34) “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 2º Tomo, 1999, Lisboa.
 - 35) “Lições de Introdução ao Estudo do Direito”, Paulo Otero, I volume, 1º Tomo, 1998, Lisboa.
 - 36) “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 6 ed. Coimbra, tomo II.
 - 37) “Manual de Direito Constitucional”, Jorge Miranda, 2 ed. Coimbra, tomo IV.
 - 38) “Metodologia da Ciência do Direito”, Karl Larenz, Fundação CalousteGulbenkian, Lisboa.
 - 39) “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, Friedrich Muller, 3ª Ed., Ed. Renovar.
 - 40) “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, Traduzido por José Manuel M. Cardozo da Costa, Ed. Atlântida, 1951.
 - 41) “O Conceito de Direito”, Hebert L. A. Hart, 6ª Ed., Ed. Fundação CalousteGulbenkian, Tradução de A. Ribeiro Mendes.
 - 42) “O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais”, Carlos Blanco de Moraes, Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, ano 20, 78, janeiro- março, 2012.
 - 43) “O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira”, Luís Roberto Barroso, 7ª, edição, renovar, 2003.
 - 44) “O espírito das leis”, Montesquieu, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1.
 - 45) “O império do direito”, Ronald Dworkin, tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
 - 46) “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de

- 1976”, José Carlos Vieira Andrade, 5ª Ed., Ed. Almedina, 2012.
- 47) “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, Boletim da Faculdade de Direito, *STVDIA IVRIDICA* 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- 48) “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Claus- Wilhem Canaris, 5ª Ed., Editora Fundação Calouste Gulbenkian, tradução A. Menezes Cordeiro.
- 49) “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento”, Human Development Report – Oxford University Press.
- 50) “Revista de Direito Sanitário”, “O Direito Social e o Direito Público Subjetivo à Saúde- O desafio de compreender um direito com duas faces”, Patrícia Ulson Pizarro Werner, Ed. LTR, vol 9, 2008, São Paulo;
- 51) “Teoría de la Constitución”, Carl Schmitt, versão espanhola de Francisco Ayala, AlianzaUniversidad Textos, Alianza Editorial, 1996.
- 52) “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy, tradução Virgílio Afonso da Silva, Ed. Melheiros, 2008.
- 53) “Teoria dos princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos”, Humberto Ávila, Martins Fontes, 2008;
- 54) “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen, *colecçãostudium*, 1962.
- 55) “The core of the case against Judicial Review”, Jeremy Waldron, *The Yale Law Journal*, 2006.
- 56) “The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes”, Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, Ed. W.W. Norton & Company, New York and London, 1999.
- 57) “The forms and limits of Constitucional Interpretation”, David M. Beatty, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, no. 1, winter 2001.

- 58) “Um olhar jurídico- constitucional sobre a judicialização da política”, J.J. Gomes Canotilho, Revista de Direito Administrativo, 245:91, maio/ago 2007, Fundação Getúlio Vargas.
- 59) “Una metateoría del positivismo jurídico”, Roberto M. Jiménez Cano, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- 60) “Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica”, Hans- Georg Gadamer, Tradução Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini, Ed. Vozes, 3ª Ed., Petrópolis, 1999.