



# ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ENTRE OS SENTIDOS NEGATIVO E POSITIVO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA<sup>1</sup>

JUDICIAL ACTIVISM IN MATTERS OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THE POSITIVE AND NEGATIVE SENSES OF SYMBOLIC CONSTITUTIONALISM

Vitor Soliano<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo pretende relacionar três ideias fundamentais da teoria constitucional contemporânea: a Constitucionalização Simbólica, o Ativismo Judicial e o Neoconstitucionalismo, mormente em matéria de direitos fundamentais sociais. Defende-se que a hipertrofia da função simbólica da Constituição de 1988 ocasionou a abertura da doutrina constitucional para o Neoconstitucionalismo e, junto a ele, modelos teóricos ingênuos e irresponsáveis, promotores do que podemos chamar de Ativismo Judicial. Aponta para a judicialização irresponsável dos direitos sociais como local privilegiado de observação deste fenômeno. Conclui afirmando que o Ativismo em matéria de direitos sociais causa hipertrofia política no Poder Judiciário, corrompendo os sistemas sociais e prejudicando o funcionamento adequado da democracia. Aponta, contudo, para um caminho possível/necessário para a judicialização responsável dos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial; Direitos Sociais; Neoconstitucionalismo; Constitucionalização Simbólica.

## Abstract

This article seeks to relate three key ideas of contemporary constitutional theory: the Symbolic Constitutionalization, the Judicial Activism and neoconstitutionalism, especially in the field of fundamental social rights. It is argued that hypertrophy of the symbolic function of the 1988 Constitution led to the opening of the constitutional doctrine to neoconstitutionalism and, with it, naive and irresponsible theoretical models promoters of what we call Judicial Activism. Points to the irresponsible judicialization of social rights as a privileged spot of observation of this phenomenon. Concludes that Judicial Activism in social rights causes a hypertrophy on Judiciary Power, corrupting the social systems and misleading the

<sup>1</sup> Artigo submetido em 29/05/2013, pareceres de aprovação em 30/07/2013 e 02/08/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA) com bolsa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Especialista em Direito Público pelo JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. Advogado.



function of democracy. Points, however, to a path possible/necessary for responsible judicialization of social rights.

**Keywords:** Judicial Activism; Social Rights; Neoconstitutionalism; Symbolic Constitutionalisation.

## INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 colocou uma série de questões novas ao constitucionalismo brasileiro. Dentre elas deve-se destacar a progressiva judicialização da política e, principalmente, o Ativismo Judicial. Nos últimos anos, portanto, esta temática até então estranha às preocupações dos constitucionalistas brasileiros passou a ser assunto fundamental.

Luis Roberto Barroso (2011, p. 276-278) faz uma conhecida distinção entre os dois termos. Para o autor a judicialização é uma consequência inevitável do modelo de Constituição e de Estado adotado pelo Brasil em 1988. Trata-se da transferência, para o Poder Judiciário, de diversas questões antes afeitas às instâncias políticas. Afirma que a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade adotado por nós impulsionam para esse fenômeno.

O Ativismo, em outro giro, estaria relacionado a uma escolha, uma forma de interpretar e aplicar a Constituição. Estaria marcado pela aplicação direta do Texto Magno, pela declaração de inconstitucionalidade de leis com base em critérios pouco rígidos e pela “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. (BARROSO, 2011, p. 279)

Parece incontroverso dizer que só é possível falar em Ativismo Judicial no Brasil a partir da Constituição Cidadã<sup>3</sup>. Até então a atuação do Poder Judiciário na defesa e concretização das normas constitucionais era altamente reduzida. Só a partir daí é que conceitos como *Supremocracia* passam a fazer sentido (VIEIRA, 2008, p. 441-464).

A obra monográfica produzida no Brasil mais importante sobre o tema certamente é o livro de Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* (2010). Não obstante não concordarmos com alguns de seus

<sup>3</sup> Nesse sentido Streck, 2010, p. 23-24.



pressupostos teóricos, conforme ficará claro ao final, parece imprescindível trazer a conceituação de Ativismo Judicial do autor:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2010, p. 116-117, destaque do original).

E em outra passagem:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (RAMOS, 2010, p. 129).

Embora a intenção deste trabalho não seja apresentar uma resposta ou uma contra-argumentação à obra de Elival da Silva Ramos, parece que esta conceituação, embora aparentemente correta, é incompleta. A proposta é demonstrar que a delimitação conceitual de Ativismo Judicial possui um fundo muito mais teórico do que empírico ou visível e intimamente ligado com o momento da decisão judicial<sup>4</sup>. Trata-se, assim, de se perquirir por uma conceituação mais complexa.

A busca pela delimitação conceitual do Ativismo Judicial ou pela caracterização de uma postura judicante ativista deve perpassar por três questões: abandono de concepções metodológicas ingênuas ou ultrapassadas; adequação às opções feitas ao longo da história e à atual feição do constitucionalismo e; consciência do quadro institucional e normativo desenhado pelo ordenamento pátrio. O foco do presente estudo são as duas primeiras questões.

<sup>4</sup> Importante dizer que o referido autor não ignora a questão teórica e hermenêutica de fundo. Contudo, parece não considerá-la a mais importante.



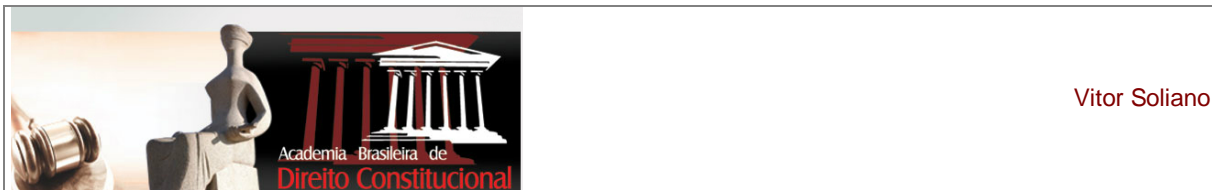
O objetivo do presente estudo é analisar a questão do Ativismo Judicial relacionando-a com a Constitucionalização simbólica e com o neoconstitucionalismo. Como ficará claro nos itens que seguem, o sentido negativo da primeira e o segundo são os responsáveis pelo surgimento do Ativismo Judicial no Brasil. Tal fato é especialmente relevante e visível quando o assunto é a proteção dos direitos fundamentais sociais.

Relevante deixar claro, desde o início, que o texto assenta como premissas a inevitabilidade da criatividade judicial (LINHARES; SILVESTRE, 2011, p. 213-234) assumindo o termo Ativismo Judicial em sentido negativo. Não há Ativismo Judicial positivo (TEIXEIRA, 2012, p. 37-58).

## 1 **NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS**

Os eventos da Segunda Guerra Mundial marcaram profundamente o Direito, o constitucionalismo e o próprio Estado, promovendo uma sensível alteração na forma como encaramos esses três elementos. Até meados da segunda metade do século XX a Constituição era entendida basicamente como uma carta política, destinada à organização e limitação dos poderes ou, no máximo, delimitadora de *programas* sociais a serem implementados pelos poderes representativos – sem exigibilidade judicial, pois – o que no Brasil não passou de um simulacro (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 81-90). A normatividade que ensejava algum controle de constitucionalidade limitava-se a uma atuação negativa (CARNEIRO, 2011, p. 162). O Estado, a despeito de sua sensível alteração (de absentista para promovedor), ainda podia ser tido mais como um Estado legislativo e menos como Estado constitucional.

A partir do marco representado pelo Segundo Pós-Guerra as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, característica atribuída a todas as normas jurídicas e cujo descumprimento possibilita a deflagração de mecanismos próprios para garantir a sua observância (BARROSO, 2010, p. 262). Konrad Hesse, em obra fundamental sobre o tema, ensina que a Constituição e sua pretensão de eficácia procuram “imprimir ordem e conformação à realidade social” (HESSE, 1991, p. 15). Ou seja, a Constituição não pode ser entendida como uma



carta de recomendações<sup>5</sup>. Seus preceitos exigem cumprimento mesmo quando da ausência de regra (produzida pelo legislador infraconstitucional) regulamentadora.

Nesse espeque podemos dizer, com Marcelo Neves (2009, p. 295), que a

*Constituição apresenta-se como a instância básica de autofundamentação normativa do Estado como organização político-jurídica territorial. Enquanto critério básico de autocompreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como ordem com força normativa, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais. Nesse sentido, ela constitui um “nível inviolável” da ordem jurídica do Estado constitucional. (destaques nossos).*

A normatividade da Constituição, mormente a dos princípios constitucionais – agora entendidos em seu sentido deontológico e não apenas diretivo/indicativo – confere-lhe uma característica expansiva e invasiva em todo o ordenamento jurídico. A própria compreensão do direito passa a ser condicionada à sua conformidade constitucional em nível muito superior ao que se observou na jurisdição constitucional até a primeira metade do século XX. Resume Daniel Sarmiento (2012, p. 112):

*Em suma, o que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos. [...] muitas destas novas constituições que contemplam a jurisdição constitucional são inspiradas pelo ideário do Estado Social. São constituições ambiciosas, que incorporam direitos prestacionais e diretrizes programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais (destaques nossos).*

Segue o autor

Naturalmente, a conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais gerou efeitos significativos do ponto de vista da importância da Constituição no sistema jurídico – ela assumiu uma centralidade outrora inexistente – bem como da partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, e,

<sup>5</sup> “a constituição é uma lei vinculativa dotada de *efectividade e aplicabilidade*. A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*” (destaques do original). (CANOTILHO, 2011, p. 1.150)



sobretudo, das cortes constitucionais e supremas cortes, muitas vezes em detrimento das instâncias políticas majoritárias (SARMENTO, 2012, p. 112-113).

É no cenário da constitucionalização do direito<sup>6</sup> e da força normativa da Constituição que será forjado um novo modelo de Estado: o Estado Democrático de Direito<sup>7</sup>, constitucionalizado, no Brasil, a partir do art. 1º da Constituição de 1988.

A nova forma de Estado desejada não pretende anular as conquistas das versões anteriores (ainda que no Brasil, como já referido, o Estado Social nunca tenha sido uma realidade). Ao contrário, ele pretende unir tais conquistas com o incremento de um aspecto normativo. Ou seja, o Estado Democrático de Direito possui um *plus* normativo em relação às versões anteriores “impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade” (STRECK, BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 99).

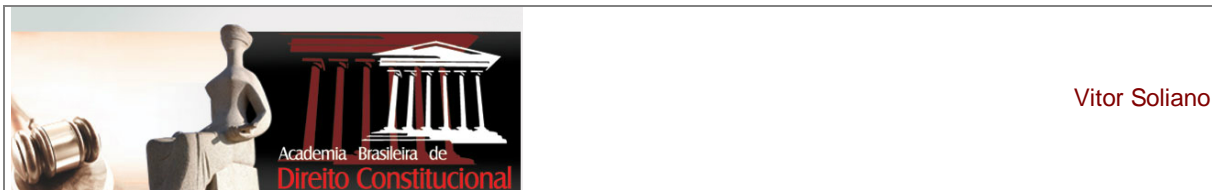
O núcleo central desse modelo estatal é a transformação da realidade. Indo além das garantias formais de intervenção e de uma simples adaptação melhorada das condições sociais de existência do Estado Social, o Estado Democrático de Direito pretende ser um mecanismo de alteração do *status quo*. O Direito passa a ser entendido como veículo de mutação social e aponta para o futuro. O elemento democrático aponta para a universalização das conquistas modernas até então incumpridas (STRECK, BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 98-101).

Não é por acaso que o Brasil pretende se inserir nesse modelo paradigmático. Conforme já aventado, a história brasileira é fraco constitucionalismo e pouca democracia. Além disso, as promessas dos modelos anteriores (até mesmo as do Estado Liberal) são de difícil concretização e universalização. Colocar o estado brasileiro, ainda que “programaticamente”, no contexto do Estado

<sup>6</sup> Paolo Comanducci afirma que a constitucionalização do direito trata-se de “un proceso al término del cual el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un Derecho puede ser más o menos constitucionalizado” (COMANDUCCI, 2005, p. 81).

<sup>7</sup> “O chamado Estado Democrático de Direito é também denominado pelos autores de tradição alemã com *Estado Constitucional*, uma vez que as aquisições históricas deixaram claro que não é submissão ao Direito que justificaria a limitação quer do próprio Estado quer dos Governantes, mas necessariamente uma subjugação total à Constituição” (FERNANDES, 2011, p. 206).





Democrático de Direito é uma aposta importante e uma exigência dos nossos tempos.

Neste contexto de normatividade constitucional os direitos fundamentais sociais ganham uma nova força. Embora já fizessem parte, ao menos formalmente, de textos constitucionais anteriores (BERCOVICI; MASSONETTO, 2010, p. 510-528), é com a Constituição de 1988 e o constitucionalismo por ela instaurado que eles passam, realmente, a poder significar algo de concreto.

Os direitos sociais surgem para complementar positivamente as liberdades públicas garantidas pela dimensão negativa dos direitos fundamentais. Através deles pretende-se alcançar a liberdade e a igualdade em sentidos materiais e não apenas formais. Constituem-se em direitos a algo, ou seja, exigem uma atuação positiva do Estado para sua concretização e não apenas um abster-se. Nas palavras de Saulo José Casali Bahia são direitos através do Estado, “e correspondem à exigência ao poder público certas prestações materiais ou normativas, buscando a igualização de situações sociais desiguais e criando condições concretas para o gozo efetivo de direitos” (CASALI BAHIA, 2009, p. 300).

Além disso, exigem uma nova visão sobre os direitos individuais. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 455):

Os direitos sociais constituem-se no segundo grupo integrador do conceito de Direitos Fundamentais, que, por mais que adicionem ao catálogo anterior (direitos individuais), são responsáveis por empreender uma releitura completa e radical, inclusive produzindo alterações no significado destes (direitos individuais). Ou seja, os direitos sociais não só alargam a tábua de direitos fundamentais, mas também redefinem os próprios direitos individuais.

Enfim, os direitos sociais tem a pretensão de realizar uma inclusão generalizada dos cidadãos na esfera política (NEVES, 2007, p. 76-78) através da garantia de meios essenciais de vida.

Como veremos a seguir, entretanto, esta positivação, sozinha, não é o suficiente.



## 2 SENTIDOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA: ABERTURA PARA O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

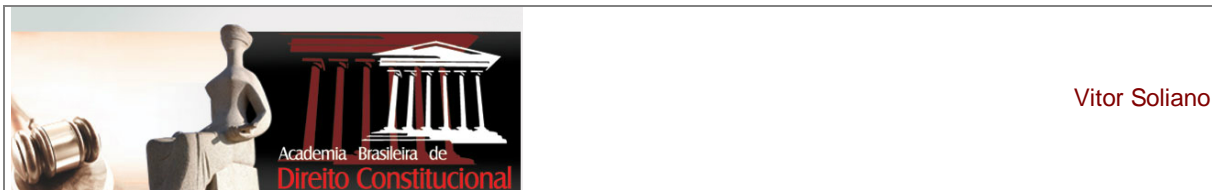
Como referido acima, o Brasil ingressa na fase contemporânea do constitucionalismo e no modelo de Estado Democrático de Direito a partir da Constituição de 1988. O texto constitucional que marca a saída de um longo período ditatorial e o reingresso em um sistema político democrático tinha a intenção de apontar um novo rumo para o país, um caminho que levasse a uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento nacional fosse garantido e a erradicação da pobreza e da marginalização bem como a redução das desigualdades sociais e regionais fossem objetivos estatais (art. 3º e incisos).

A Constituição e seu vasto repertório de direitos e garantias, contudo, não pode se realizar sozinha nem do dia para a noite. A realidade descrita pela Carta Constitucional ainda está distante. O Brasil, apesar de sua crescente economia, ainda se depara com situações de desigualdades sociais próximas de países com índices de desenvolvimento econômico extremamente inferiores, ou seja os direitos sociais não são concretizados de forma adequada. Nas palavras de José Luis Bolzan de Moraes (2009, p. 44) o projeto constitucional brasileiro “se apresenta como de *bem-estar*, mas [...] se executa como de *mal-estar*”. Enfim, os poderes constituídos, mormente os representativos – principais responsáveis pela consecução da Constituição – tem se mostrado inaptos para dar efetividade aos direitos sociais.

É neste cenário que passa a ser possível falar, no Brasil, no que Marcelo Neves (2007) denominou de Constitucionalização Simbólica. Em conhecida obra da teoria constitucional brasileira o autor pernambucano vai apresentar o conceito, meandros e consequências desta formulação. Pela importância que o conceito assume neste texto vamos explorá-lo mais detidamente antes de avançarmos.

Segundo Marcelo Neves (2007, p. 64) a noção de constitucionalização aponta para o fato de uma ordem jurídica estatal não ter desenvolvido um sistema constitucional de forma satisfatória. Ou seja, só se pode falar em constitucionalização justamente pelo fato de o sistema jurídico não ter, até o momento, se estabelecido como subordinado à Constituição de forma plena ou, ao menos, não ter na Constituição o referencial basilar de todo o restante do sistema. O





movimento teórico que hoje apregoa a constitucionalização do direito no Brasil teria, nesse sentido, percebido a “falta de Constituição” no nosso sistema.

A Constituição (e o próprio constitucionalismo) em sentido moderno aponta para a limitação do poder e para a garantia de direitos fundamentais aos cidadãos, ambos através do direito (sistema jurídico) (CANOTILHO, 2011, p. 51). Ao mesmo tempo, é através da Constituição que os sistemas sociais da política e do direito podem ser diferenciados e reciprocamente fundamentados. Quer isto dizer que o direito é legitimado através da política e a política é legitimada através do direito. Esta via de mão dupla é possibilitada pela Constituição (NEVES, 2007, p. 65-66). Podemos afirmar, portanto, que o processo de constitucionalização é, de um lado, a ampliação e maior efetivação da limitação do poder e da garantia de direitos fundamentais e, de outro, a diferenciação legítima entre direito e política como sistemas sociais autônomos. Estas ideias serão fundamentais para a compreensão do significado de constitucionalização simbólica.

O conceito de constitucionalização simbólica é desenvolvido a partir da problemática em torno da (falta de) concretização das normas constitucionais<sup>8</sup>. Marcelo Neves não equipara, por óbvio, a norma constitucional com o seu texto. Afirma, portanto, que “o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização” (NEVES, 2007, p. 83-84). O texto constitucional não se concretiza pois não há âmbito normativo (dados reais) não é constituído de forma suficiente (NEVES, 2007, p. 85). Ou seja, as condições materiais para a concretização constitucional não se colocam ou não se colocam de forma adequada. É insuficiente que o programa normativo seja adequadamente interpretado (NEVES, 2007, p. 84)<sup>9</sup>. Assim, do texto constitucional é impossível derivar normatividade.

---

<sup>8</sup> Canotilho (2011, p. 1.201): “**Concretizar a constituição** traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só coma descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta <<concretização normativa>> é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o *lado <<técnico>> do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma, é, sim, a *construção de uma norma jurídica*” (destaques do original).

<sup>9</sup> Marcelo Neves se vale da teoria hermenêutica de Frederick Müller.



É a partir desse “gancho” que entra em cena a formulação mais interessante para os propósitos deste trabalho: o sentido negativo da constitucionalização simbólica. Segundo Marcelo Neves (2007, p. 91) este conceito afirma que “o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”. A partir de Müller, o autor afirma que do texto normativo não decorre nenhuma normatividade. Entende-se, aqui, esta descrição como caso limite, ou seja, não quer dizer que a Constituição seja um nada jurídico, mas sua normatividade é inviabilizada em diversas instâncias.

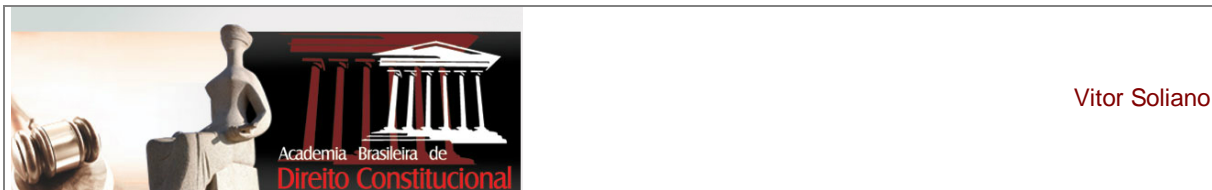
A ausência de normatividade fica demonstrada pela “ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição” (NEVES, 2007, p. 92), fato que é percebido tanto no meio social quanto na atuação dos órgãos estatais (NEVES, 2007, p. 94). Nas palavras de Marcelo Neves (2007, p. 92):

Não estão presentes as condições para o processo seletivo de construção efetiva do âmbito normativo a partir dos âmbitos da matéria e do caso, com respaldo nos elementos linguísticos contidos no programa normativo. O âmbito da matéria – “o conjunto de todos os dados empíricos [...] que estão relacionados com a norma” – não se encontra estruturado de tal maneira que possibilite o seu enquadramento seletivo no âmbito normativo. Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, de maneira generalizada, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada.

Neste cenário o sistema jurídico, seus procedimentos e argumentos específicos, não conseguem se impor de forma relevante frente aos demais sistemas sociais envolventes, como a política e a economia. Estes sistemas sociais, seus critérios e programas, atuam de forma bloqueadora ao sistema jurídico, sobrepondo os seus códigos ao código jurídico-constitucional (NEVES, 2007, p. 93). O sistema jurídico, portanto, perde a capacidade de se reproduzir autonomamente.

O autor encerra sua análise do sentido negativo da constitucionalização simbólica afirmando que nela

ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do “público”, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade



constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material (NEVES, 2007, p. 94).

Esta faceta da constitucionalização simbólica foi percebida pela doutrina constitucional nos primeiros anos da Constituição de 1988, ainda que não nos mesmos termos ou na mesma complexidade apresentada por Marcelo Neves. A partir desta percepção a teoria constitucional começou a ser fortemente reformulada e valorizada, mormente com a incorporação do que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. Voltar-se-á a esta temática em seguida. Antes, porém, se faz necessário analisar o outro sentido atribuído por Marcelo Neves à constitucionalização simbólica.

Para o autor, apesar do aspecto mais marcante da constitucionalização simbólica ser a ausência de concretização generalizada das disposições constitucionais, é possível perceber que o mesmo texto desempenha um papel político-ideológico. Trata-se do que ele chama de sentido positivo da constitucionalização simbólica.

Fala-se em papel político-ideológico pois a positivação de diversos direitos e garantias no texto constitucional “responde a exigências e objetivos políticos concretos” (NEVES, 2007, p. 96). Ou seja, constitucionaliza-se diversos anseios sociais que, contudo, não podem ser imediatamente (ou mesmo a médio prazo) concretizados. Esta positivação garante a possibilidade da utilização de uma retórica constitucional por parte dos membros do sistema político – legisladores e governantes em geral – e, ao mesmo tempo, bloqueia a possibilidade alteração do modelo vigente. Através deste sentido da constitucionalização simbólica

Não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional. Ao discurso do poder pertencem, então, a invocação permanente do documento constitucional como estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), da “divisão” de poderes e da eleição democrática, e o recurso retórico a essas instituições como conquistas do estado ou do governo e provas de existência da democracia no país (NEVES, 2007, p. 98-99).

A emissão do texto constitucional pelo poder constituinte e sua utilização no discurso político acarretam, no contexto da constitucionalização simbólica, o



apaziguamento de determinadas pretensões sociais que eram percebidas no momento da promulgação e no decorrer de sua vigência. Através das positivações responde-se a exigências do momento e gera-se a ilusão de que o Estado está realmente comprometido com sua população. É sintomático, no caso da Constituição brasileira de 1988, o alargamento do rol de direitos sociais previstos no art. 6<sup>o</sup><sup>10</sup>.

Os dois sentidos da constitucionalização simbólica estão interligados. Ao mesmo tempo em que o texto constitucional não é concretizado de forma generalizada ele desempenha um papel de “promessa” de uma sociedade melhor, mais justas e desenvolvida. O conteúdo “intencional” do texto não é vivido nem sentido, mas ele serve como “saída pela tangente” para o Estado, mormente o sistema político. A ausência de concretização é “legitimada” pela presença de uma ilusão.

Este quadro é especialmente observado quando se analisa as assim chamadas “normas programáticas” das quais se destacam as normas que positivam os direitos sociais, econômicos e culturais. As normas programáticas, modalidade de normas de eficácia limitada, são aquelas cujos efeitos só se produzem após a atuação dos poderes constituídos (SILVA, 2012), mormente o Poder Legislativo (elaboração da lei), mas também o Poder Executivo (elaboração e concretização de políticas públicas). Quer isto dizer que dependem da elaboração de uma legislação específica que lhe determinem o conteúdo concreto e estabeleçam os modos de atuação do Estado.

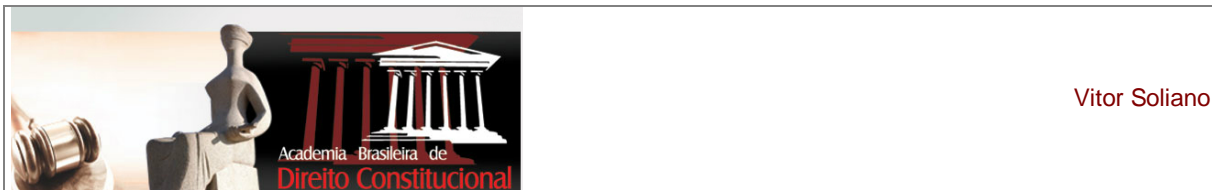
Deve-se dizer, contudo, que esse tipo de norma não é totalmente desprovida de eficácia. Funcionam, em primeiro lugar, em um sentido negativo, proibindo que o Estado aja contrariamente a elas. Em segundo lugar, traçam programas que devem ser cumpridos pelo Estado, sob pena de omissão ilegítima.

---

<sup>10</sup> Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação original)

Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)

Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)



No contexto da constitucionalização simbólica a referida espécie normativa se constitui, em verdade, em um pseudoprograma. Estão ausentes as condições materiais para a realizabilidade das disposições constitucionais. Para que essas normas tivessem o conteúdo normativo devido as condições sociais e políticas teriam que ser completamente transformadas. A não realização desses “programas”, contudo, não é uma decorrência apenas da omissão estatal, mas também da sua ação em sentido contrário, uma vez que as injunções dos particularismos políticos e econômicos no sistema jurídico são frequentes (NEVES, 2007, p. 114-115).

Neste cenário os sentidos negativos e positivos da constitucionalização simbólica estão presentes de forma concomitantes. Segundo Marcelo Neves:

Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* proclamado no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como álibi para os agentes políticos (NEVES, 2007, p. 115-116).

As funções de prestação e inclusão dos direitos sociais são, assim, prejudicadas. Os cidadãos são impossibilitados de fruir dos direitos positivados constitucionalmente pois a função simbólica da constituição é maior e mais presente do que sua função normativa. O Estado, de forma geral, é incapaz de fazer valer aquilo que ele mesmo se obrigou através das manifestações do poder constituinte originário e derivado<sup>11</sup>. Desta forma, a própria realizabilidade de um Estado Democrático de Direito fica comprometida já que a inclusão é condição de possibilidade para uma participação política ideal.

O duro cenário apresentado por Marcelo Neves talvez não seja, hoje, o direito constitucional vivido no Brasil totalmente. O crescimento da teoria e da

---

<sup>11</sup> Casali Bahia (2009, p. 300): “O capítulo dos direitos sociais passou a integrar textos constitucionais, embora isto por si só não dê conta de sua efetividade. Vale bem mais a disposição política dos representantes eleitos ou a firmeza do Judiciário em exigir prestações desejadas pela sociedade, previstas em sua Constituição, que o formalismo e a programaticidade extensa e ineficiente”.



doutrina constitucional nos últimos anos deu mais força ao Texto Magno. Embora estejamos longe de alcançar uma plena normatividade constitucional, a Constituição se faz muito mais presente hoje. Esta sensível modificação tem um motivo determinado.

Como referido acima, os juristas dedicados ao direito constitucional perceberam o quadro de simbolismo constitucional que o Brasil vivia logo depois da promulgação da Constituição de 1988. Esta percepção fez com se passasse a incorporar um movimento teórico e ideológico denominado de *neoconstitucionalismo*. Este movimento dá ao direito constitucional uma nova cara, reformula dogmas até então vigentes e concede novo significado e papel à atuação do Poder Judiciário na concretização da Constituição. Em certa medida, isto foi positivo. Trouxe, contudo, alguns problemas, mormente o de legitimidade da atuação judicante. Fala-se, aqui, do problema do Ativismo Judicial.

Como será demonstrado na sequência, o otimismo metodológico do neoconstitucionalismo e a sua ânsia por concretização a qualquer custo acabaram por fazer surgir distorções no sistema jurídico quando enxergado em seu todo. O “compromisso irresponsável” (CARNEIRO, 2009, p. 313-328) do neoconstitucionalismo com a concretização causa, justamente por sua fragilidade teórica, distorções no funcionamento adequado do Estado e, paradoxalmente, na própria concretização do texto constitucional de maneira íntegra e coerente.

Disse-se na introdução deste trabalho que entendemos a expressão Ativismo Judicial de maneira negativa. Ou seja, quando se afirma que o Poder Judiciário é ativista ou está se comportando de forma ativista faz-se em sentido de crítica, de reprovação. Nos próximos itens será demonstrado o que se entende por Ativismo e como, no Brasil, ele foi causado pela incorporação do neoconstitucionalismo. Mais a frente, tratar-se-á do Ativismo em matéria de direitos sociais relacionando-o com uma nova ideia de constitucionalização simbólica em sentido positivo.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: DEFINIÇÃO E CAUSA

Este momento do trabalho exige uma parada metodológica para que se defina o que significa Ativismo Judicial. Deve-se ter em mente, como se disse na





introdução, que o Ativismo é entendido como um mal, uma atuação ilegítima do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, este trabalho toma como premissas teóricas a inevitabilidade da criatividade judicial e a assunção de que o poder judicante tem um papel na concretização dos direitos albergados na Constituição.

O ponto de estofo para se diferenciar, dentro de uma teoria voltada para o Judiciário, concepções ativistas e não ativistas de jurisdição constitucional reside no *como se compreende/interpreta/realiza a concretização da Constituição*. A ocorrência de um deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção ao Poder Judiciário<sup>12</sup> – consequência da inserção no paradigma do Estado Democrático de Direito e da adoção do substancialismo – aumentará o caráter hermenêutico-interpretativo do Direito e a sua consequente necessidade de limitação (STRECK, 2011, p. 59)<sup>13</sup>.

Ora, se até o contexto da Constituição de 1988 boa parte da responsabilidade pela inefetividade do texto magno residia em uma precária teoria da Constituição e do Direito – positivismo, sistema de regras, racionalidade instrumental e descritiva –, um eventual excesso na concretização (Ativismo Judicial) também ocorrerá por razões epistêmicas. Conforme assevera André Ramos Tavares a “consistência e o refinamento dos métodos de trabalho da Justiça Constitucional [...] são parte integrante da discussão acerca de sua legitimidade de atuação no âmbito dos direitos fundamentais” (TAVARES, 2012, p. 66).

Parece ser este, também, o entendimento de João Maurício Adeodato (2009, p. 164-165) ao afirmar que

O debate sobre a função do judiciário também está por trás de toda a discussão hermenêutica, a questão fundamental sobre como os paradigmas de racionalidade podem construir a válvula de escape e calibração da legitimidade ou verem-se inutilizados pelo casuísmo trazido por uma exacerbação da discricionariedade dos julgadores e da importância dos participantes na lide concreta.

---

<sup>12</sup> “Sabe-se que no quadro da tripartição de funções quando qualquer deles não cumpre, com eficiência, seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica que em nosso país se costuma se atribuir ao Judiciário”. (NUNES, 2011, p. 35).

<sup>13</sup> No mesmo sentido, cf. OLIVEIRA, 2008, p. 66-74.



Ou seja, há uma relação íntima entre racionalidade do discurso (e da interpretação, acrescente-se) e a (i)legitimidade da atuação do Poder Judiciário.

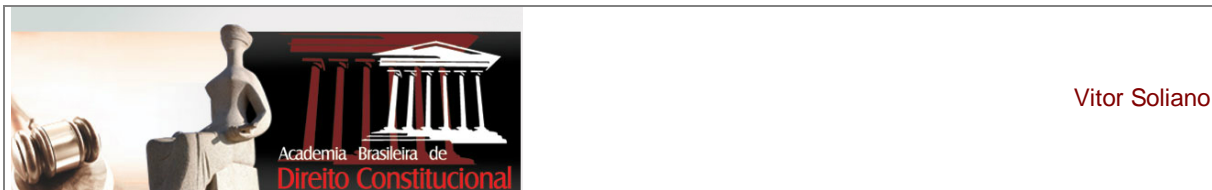
Se é verdade que os déficits de modernização vividos em sociedades periféricas e semiperiféricas acaba tornado o Poder Judiciário no “último dos moicanos” para defesa e garantia das promessas modernas, não é menos verdade que o compromisso com o constitucionalismo, com a democracia e com a autonomia do Direito possa ser esquecida (CARNEIRO, 2011, p. 25-26). E o desequilíbrio excessivo nesse projeto (Ativismo Judicial) tem, repita-se, em primeiro lugar, uma justificativa epistemológica.

A identificação do Ativismo Judicial passa, prioritariamente, não por uma atitude de interferência do Judiciário em áreas tradicionalmente deixadas aos Poderes Representativos, mas sim pelo *modo*, pelo *como*, essa interferência ocorre. Ou seja, o Ativismo Judicial é caracterizado por uma forma inadequada/equivocada de se lidar com a inevitabilidade da criatividade da atuação judicial<sup>14</sup>. Ele (o Ativismo) encontra-se relacionado a um caráter não democrático e, por isso, não legítimo da “carga criativa que se encontra em todas as manifestações de *criação* e *aplicação* do direito” (CARNEIRO, 2009, p. 180).

A teoria hermenêutica contemporânea estabeleceu que o fenômeno compreensivo não está cindido da aplicação e acontece mediante uma antecipação de sentido já carregado pelo intérprete (GADAMER, 2006, p. 57).

Conforme lição de Ricardo Maurício Freire Soares a partir de Heidegger a “compreensão passa a ser visualizada não como ato cognitivo de um sujeito dissociado do mundo, mas, isto sim, como um prolongamento essencial da existência humana. Compreender é um modo de estar, antes de configurar-se como um método científico” (SOARES, 2011, p. 9). A pergunta pela hermenêutica, portanto, passa a ter mais em conta a relação que o intérprete estabelece com sua situação no mundo (SOARES, 2011, p. 10).

<sup>14</sup> Fundamental, nesse sentido, a advertência de Lenio Streck: “há de ser ter o devido cuidado: a afirmação de que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). (...) Portanto, todas as formas de decisionismos e discricionariedades devem ser afastadas” (STRECK, 1999, p. 142-143).



Como ato de existência a compreensão não tem um início determinado. Ela ocorre a todo o tempo a partir do nosso contato com diferentes eventos/fatos. A “aplicação” não é um momento diverso ou secundário à compreensão. Somente compreendemos algo porque estamos diante de um algo concreto. É o que se chama de *applicatio*. Na lição de Gadamer (2006, p. 57) a aplicação

não pode jamais significar uma operação subsidiária, que venha acrescentar-se posteriormente à compreensão: o objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica. “Aplicar” não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular. Diante de um texto, por exemplo, o intérprete não procura aplicar um critério geral a um caso particular: ele se interessa, ao contrário, pelo significado fundamentalmente original do escrito de que se ocupa<sup>15</sup>.

Esta característica da compreensão demonstra que não existem métodos de interpretação capazes de *constituir*, eles mesmos, os sentidos. A ideia de que a verdade ou o acerto podem ser alcançados mediante a utilização de métodos (no sentido clássico) não possui mais sustentação.

Contudo, isso não acarreta a abertura interpretativa e a ausência de qualquer controle nem que não haja espaço, dentro do paradigma hermenêutico atual, para se pensar em epistemologia (STRECK, 2011, p. 153-172). A epistemologia, ou seja, o controle epistêmico da compreensão, deve transitar em um nível secundário. Como assevera Wálber Araujo Carneiro (2009, p. 234):

Essa proposta epistemológica deve, portanto, atender a dois vetores. Primeiro, transitar em um espaço existencial, isto é, deve obedecer aos limites e possibilidades da nossa compreensão, razão pela qual a propomos em um espaço *reflexivo*. Segundo, deve ser compatível com esse projeto regulatório (direito) e, para tanto, proporcionar a normatividade da compreensão jurídica. Quanto a este segundo verto, não fazemos aqui referência a uma compreensão controlada por métodos, mas uma compreensão que esteja voltada para uma resposta correta *conforme* ao direito, caso contrário, não compatibilizaremos sua aplicação ao modelo democrático (destaque do original).

---

<sup>15</sup> “A compreensão encerra sempre um momento de aplicação e todo esse processo é um processo linguístico” (SOARES, 2011, p. 11).

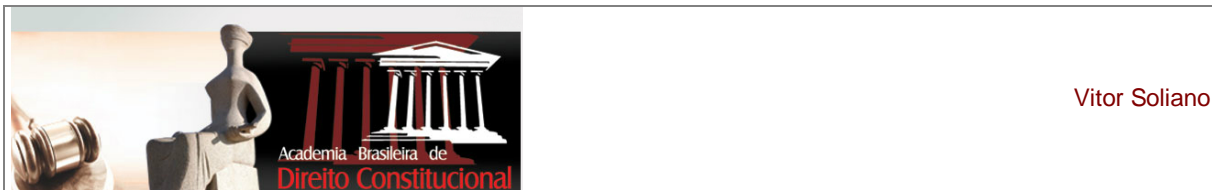


Há, portanto, um espaço para que a criatividade inerente à compreensão e aplicação do direito seja epistemicamente controlada. Não estar atento à esta possibilidade ou não buscar os parâmetros para este controle acarreta na abertura para que a criatividade se transforme em discricionariedade e, conseqüentemente, a existência de múltiplas respostas. O Ativismo Judicial é isto: *a ausência de controle reflexivo do momento criativo da aplicação da Constituição*. Dito de outra forma, *o excesso ou descontrole da concretização da Constituição advém da delegação à discricionariedade subjetiva do julgador*.

É evidente que os parâmetros reflexivos devem possibilitar que a decisão não seja dada por uma escolha do operador. A decisão judicial que aplica a Constituição deve se pautar pelos referencias sistêmicos já disponíveis à compreensão. Doutrina e jurisprudência, portanto, desempenho um papel altamente relevante para a “desobjetivização” da decisão (CARNEIRO, 2009, p. 258-260, 263-264 277-278). Aqui é possível também falar que a coerência e a integridade (DWORKIN, 2007) tem a potencialidade de retirar do *decisum* um alto índice de “opção” do intérprete.

Não obstante a existência de um espaço de controle epistêmico da decisão judicial bem como de referências sistêmicos para a consecução desse controle, sua realização ótima é altamente improvável. Afirma-se isso principalmente por causa da alta complexidade que o sistema jurídico assumiu e pelas enormes dificuldades encontradas pela prática judiciária. Assim, é mais correto afirmar que existem níveis maiores e menores de controle epistêmico da decisão judicial. Uma decisão pode ser mais ou menos epistemicamente controlada, quer dizer, a discricionariedade pode ser mais ou menos reduzida. Desta forma, parece ser possível falar em *níveis de Ativismo Judicial*. Ou seja, uma decisão que aplica/concretiza a Constituição pode ser *mais ou menos ativista* a depender do nível de controle epistêmico que ela sofra.

Marcelo Neves, valendo-se de outros pressupostos teóricos afirma que a *transversalidade* entre direito e política através da Constituição do Estado constitucional, embora seja capaz de resultados produtivos, está em constante paradoxo uma vez que não existe solução definitiva para o problema da politização do direito e da juridificação da política. Isso quer dizer o judiciário mantém a pretensão de ocupar o espaço da legitimidade democrática enquanto legislativo e



governo tentam influenciar as soluções de casos jurídicos. A mediação desse cenário só pode ocorrer diante de casos constitucionais concretos decididos, principalmente, pelas cortes constitucionais. Contudo, a formação de transversalidade entre direito e política (pontes de transição) em nível ótimo necessita de amplos pressupostos sociais e estruturais (NEVES, 2009, p. 77), ou seja, sua consecução é extremamente difícil.

O controle da criatividade judicial através de aparatos epistêmicos tem uma relação direta com a autonomia do sistema jurídico. Quando se refere, acima, sobre a existência de referenciais sistêmicos para a operacionalização do controle da decisão em nível hermenêutico está-se falando do sistema jurídico. Ou seja, os demais sistemas sociais não podem determinar a decisão judicial.

Em verdade, o grande objetivo do referido controle é preservar a autonomia do sistema. A *contrario sensu* a ausência de controle acarreta, invariavelmente, a perda de autonomia do sistema. Dito isso, é possível acrescentar que o Ativismo Judicial, além de ser marcado pela adoção da discricionariedade como parâmetro decisório na concretização da Constituição, representa a perda de autonomia do sistema jurídico em favor de opções políticas, econômicas e morais do julgador. Ou seja, a substituição dos referenciais sistêmicos do direito por referenciais de outros sistemas.

Acertado o entendimento de Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 42) quando afirma que o Ativismo Judicial está diretamente relacionado com os limites possíveis entre o Direito e a Política. Segundo o autor a “nocividade maior do ativismo judicial ocorre quando a decisão judicial tem um *fim político* e depende da *negação à tutela de interesses legítimos* de alguma parte da ação, fundamentando-se em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica” (TEIXEIRA, 2012, p. 48). É possível complementar este pensamento dizendo que o Ativismo também se coloca diante dos limites possíveis entre o Direito e a Moral e entre o Direito e a Economia. Enfim, a problemática da autonomia dos sistemas sociais. Este cenário, como destacado, é possibilitado pela falta de uma racionalidade consistente no momento da interpretação/aplicação do direito causada pela utilização de modelos teóricos inadequados.



Ora, se se aduz que é possível falar em níveis de controle e, conseqüentemente, em níveis de Ativismo Judicial, parece mais do que lógico ser possível falar, também, em níveis de perda de autonomia do sistema. O sistema jurídico, portanto, sofrerá mais ou menos perda de autonomia de acordo com o nível de controle da decisão judicial (de acordo com a existência de mais ou menos Ativismo, portanto).

Tudo que se disse sobre o controle da criatividade e sobre a preservação da autonomia do sistema tem efeito imediato sobre a sobrevivência do binômio constitucionalismo-democracia. Se o constitucionalismo é marcado pela garantia de direitos fundamentais e pela limitação do poder e a democracia (constitucionalizada) é marcada pela prevalência das opções políticas feitas pelos cidadãos (diretamente ou mediante seus representantes) é indispensável, para a existência de ambos, que haja um nível tanto maior quanto possível de controle das decisões judiciais e que esse controle se dê mediante a referência ao próprio sistema. A marca do Ativismo (a discricionariedade) deve ser repudiada ao máximo<sup>16</sup>.

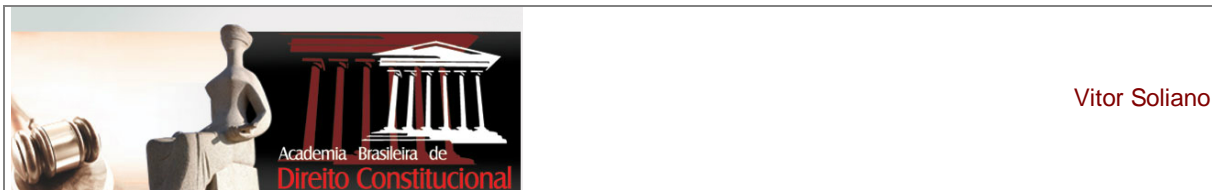
Estabeleceu-se aqui o núcleo fundamental do Ativismo Judicial: uma atuação discricionária do Poder Judiciante sob o pretexto de estar dando concretude ao texto constitucional acarretando, paradoxalmente, a distorção da própria autonomia do sistema jurídico e, portanto, do constitucionalismo e da democracia. Cabe agora tentar demonstrar, ainda que brevemente, porque o Ativismo, nesta conceituação, tem se tornado uma realidade em terras brasileiras.

Como já referido, a forma de lidar com a atuação judicial no Brasil tem recebido fortes influências do movimento que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. Não obstante a importância que esse movimento teve para que o país começasse a levar o seu direito constitucional a sério, parece que sua recepção também tem trazido questões e problemas mal resolvidos no que diz respeito ao controle e estabelecimento de limites à atividade jurisdicional de

---

<sup>16</sup> É neste ponto que nos afastamos totalmente dos pressupostos teóricos utilizados por Elival da Silva Ramos. O autor, embora afirme que seu modelo absorve as inovações da hermenêutica contemporânea, continua a apostar na discricionariedade da decisão judicial. Para nós, é impossível compatibilizar ideias como “escolha”, “opção”, “sentimento de justiça” e “consciência ética do julgador” com uma crítica ou um bloqueio ao Ativismo Judicial. Cf. Ramos, 2010, p. 97-103.





concretização da Constituição. Parece, enfim, que o neoconstitucionalismo não apresenta mecanismos teóricos suficientemente adequados para lidar com a criatividade judicial e com um substancialismo democrático. Isso ocorre pela incapacidade do seu “pacote teórico” em lidar com a discricionariedade judicial.

Preconizando a superação de modelos clássicos e que não conferiam à Constituição plena aplicabilidade – principalmente pela ausência de normatividade dos princípios – o neoconstitucionalismo *parece* tentar recuperar algo que se perdeu na aurora do constitucionalismo moderno (a racionalidade moral-prática) e legitimar uma atuação substancial do Poder Judiciário. Enfim, trata-se do movimento teórico/ideológico que operacionalizou e continua a embalar as construções doutrinárias e jurisprudenciais desde o estabelecimento do Estado Democrático de Direito no Segundo pós-guerra.

Daniel Sarmiento (2012, p. 233-234), segundo o qual são características marcantes do neoconstitucionalismo o reconhecimento da força normativa dos princípios, a adoção de modelos hermenêuticos distintos do formalismo clássico, a constitucionalização do direito, a reaproximação entre direito e moral e a judicialização das relações sociais – posição não muito diversa da já exposta –, afirma que esse movimento foi recepcionado no Brasil após a Constituição de 1988 em dois momentos principais.

Assevera o autor que o primeiro momento surge com o que ele chama de constitucionalismo da efetividade, forma de positivismo de combate que pregava a normatividade direta da Constituição e aproximava o Direito Constitucional do Direito Processual afastando-o da Teoria do Estado e centrando-o no protagonismo do juiz (SARMENTO, 2012, p. 247-248)<sup>17</sup>. O segundo momento, de acordo com ele, é marcado pelas obras de Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*) e Eros Roberto Grau (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*) que divulgam no Brasil as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin (SARMENTO, 2012, p. 248-249). Ainda, teria sido fundamental para a recepção do neoconstitucionalismo no Brasil o avanço dos programas de pós-graduação em Direito no estudo do

<sup>17</sup> O autor ressalta que esse momento não pode ainda ser entendido como neoconstitucionalismo, mas o possibilitou na sequência histórica.



constitucionalismo e a forte produção acadêmica em torno de teorias hermenêuticas (SARMENTO, 2012, p. 249).

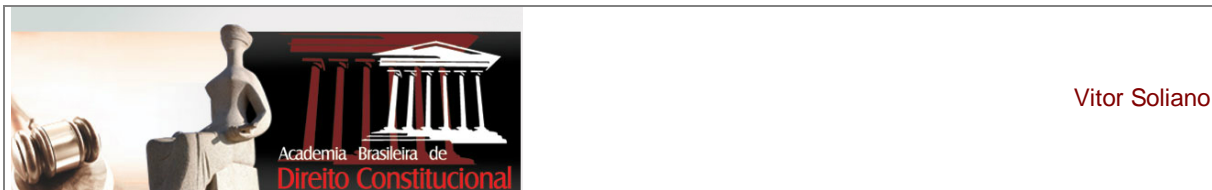
Parece não haver dúvidas de que a adoção do neoconstitucionalismo no Brasil possibilitou uma forte valorização do nosso texto constitucional e, em alguma medida, uma constitucionalização do Direito. Esse movimento exigiu dos atores jurídicos (teóricos e “operadores” *strictu sensu*) uma nova forma de lidar com o fenômeno jurídico e de conceber o papel do Poder Judiciário na preservação e concretização da Carta Magna. Em um país de fraca história democrática e de baixa defesa de direitos fundamentais, a recepção do neoconstitucionalismo *parece ter sido* (estrategicamente) *necessária* para a consolidação de uma ordem constitucional e democrática adequada aos tempos de constitucionalismo pós-guerra<sup>18</sup>.

A questão principal do neoconstitucionalismo para esta investigação é o aparato metodológico que, graças a ele, ingressou e passou a fazer parte da teoria da constitucional no Brasil. Os modelos de interpretação e aplicação de normas constitucionais acabam por sobrevalorizar a subjetividade do julgador. Na mesma toada, este movimento teórico faz surgir aparatos dogmáticos otimistas que desvalorizam as possibilidades reais de realização da norma, hipertrofiando sua função normativa. O que unifica essas duas problemáticas é um ideário concretista ingênuo e que concede força demais ao julgador.

O neoconstitucionalismo inseriu no debate constitucional brasileiro e, em consequência, na forma de atuação do Poder Judiciário, modelos interpretativos. Um deles é a técnica da ponderação de princípios, principalmente a matriz desenvolvida por Robert Alexy (2009, p. 90-106 e 116-121). O outro é o que se convencionou chamar de Nova Hermenêutica Constitucional. Esta última não ocupa o lugar principal nas construções doutrinárias, mas representa um importante local teórico na doutrina brasileira atual, mormente nos “Cursos de Direito Constitucional”<sup>19</sup>. Fugiria aos limites do presente trabalho a análise minuciosa desses modelos

<sup>18</sup> Por esse motivo Luis Roberto Barroso (2007) considera a incorporação do neoconstitucionalismo um triunfo para o constitucionalismo brasileiro.

<sup>19</sup> Cf. Mendes; Coelho; Branco, 2008, p. 97-122; Cunha Júnior, 2008, p. 207-223. Em sentido próximo Silva Neto, 2008, p. 92-124.



hermenêuticos. Por isso remete-se o leitor à análise já realizada em outro espaço (SOLIANO, 2013, p. 109-124) e aos autores que deram suporte<sup>20</sup>.

O ideário concretista ingênuo motivado pelo neoconstitucionalismo acarreta o que Daniel Sarmiento chama de “oba-oba constitucional” e a “panconstitucionalização”. Tratam-se de duas posturas críticas em relação ao referido movimento teórico com as quais coadunamos. O “oba-oba constitucional” seria a invocação demasiada de princípios constitucionais para fundamentar decisões. Segundo o autor

os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outras agentes públicos pelas suas próprias (SARMENTO, 2012, p. 264).

Esta crítica tem paridade com o que se disse acima e seu objeto é uma demonstração de Ativismo Judicial.

A “panconstitucionalização” seria, para o autor, um excesso de constitucionalização. É certo que não se pode, no Brasil, preterir de um direito constitucionalizado, legitimado constitucionalmente. Contudo, o neoconstitucionalismo leva esta ideia às últimas consequências e, por isso, atua em excesso. Este excesso amputa em demasia o espaço do legislador e do administrador em nome do julgador. Segundo o autor:

quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático (SARMENTO, 2012, p. 269).

<sup>20</sup> Silva, 2007, p. 115-143, Carneiro, 2009, p. 202-233, Oliveira, 2008, p. 170-217 e Streck, 2011, *passim*.



Enfatize-se que, aqui, a crítica é ao excesso. Como já aduzido, entende-se que o direito deve sim ser constitucionalizado e que o Judiciário tem um papel altamente relevante no atual modelo de constitucionalismo que adotamos. O problema do ideário neoconstitucional é pretender constitucionalizar o direito a qualquer custo.

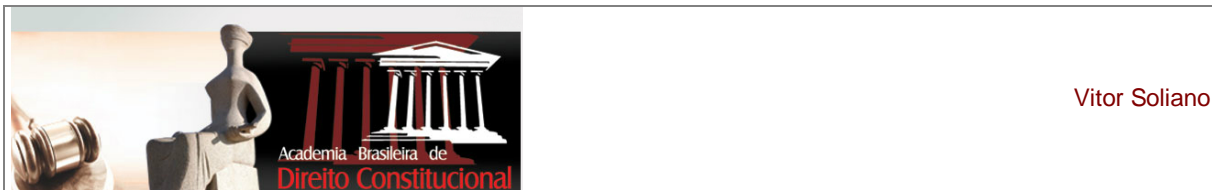
Embora não se concorde com suas premissas teóricas e suas conclusões, Elival da Silva Ramos também coloca o neoconstitucionalismo como fator propulsor do Ativismo Judicial no Brasil. Segundo ele este movimento teórico sofre de fortes fragilidades teóricas (RAMOS, 2010, p. 279) (talvez pela diversidade de concepções que abarca) e abre a possibilidade para o moralismo (subjativismo axiológico) e para o realismo jurídico através do que ele chama de “principiologização do direito constitucional” (RAMOS, 2010, p. 283-286).

Humberto Ávila (2009), também em tom crítico, afirma que o neoconstitucionalismo nem sequer deveria ter sido incorporado no Brasil, haja vista que seus pressupostos teóricos não se coadunam com o texto constitucional brasileiro. Assim, aduz que “nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento”.

Enfim, a hipertrofia da função simbólica da Constituição marcada, de um lado, pela ausência de concretização generalizada de seus dispositivos e, de outro, pelo desgaste político que nem o sentido positivo da constitucionalização simbólica consegue “segurar”, causou uma irresponsável hipertrofia da atuação do Poder Judiciário. Este excesso, como aventado, é observado na ingenuidade metodológica e na ânsia por concretização decorrentes do neoconstitucionalismo<sup>21</sup>. Pode-se identificar esta situação no sistema como um todo. Contudo, como se demonstrará a seguir, ela é especialmente problemática e danosa quando se trata da concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário.

---

<sup>21</sup> Há ainda uma crítica importante ao neoconstitucionalismo aduzidas por Lenio Streck. O primeiro afirma que o movimento teórico não ultrapassou o positivismo jurídico por não conseguir lidar de forma adequada com a discricionariedade judicial (STRECK, 2011, p. 9-27).



#### 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL: DESLOCAMENTO DO SENTIDO POSITIVO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA<sup>22</sup>

O presente item tem a intenção de mostrar a especificidade do Ativismo Judicial em matéria de direitos fundamentais sociais. Como referido nos itens anteriores, entende-se Ativismo a partir de uma concepção mais teórica, relacionada com o grau de controle epistêmico da criatividade judicial no momento da decisão. O nível maior ou menor de Ativismo causará uma maior ou menor perda de autonomia do sistema jurídico. Ainda, conforme o que se aventou anteriormente, entende-se que o Ativismo, no Brasil, foi causado pela incorporação do neoconstitucionalismo e seu ideário concretista ingênuo, ainda que este movimento tenha representado importante momento na histórica constitucional recente.

Como já referido no item 2 os direitos sociais consubstanciam direitos a prestações estatais. São, nas palavras de Robert Alexy, direitos a prestação em sentido estrito. Aqueles que, “se o particular dispusesse de recursos financeiros suficientes e se houvesse uma oferta no mercado, poderia também obter de particulares” (ALEXY, 2009, p. 499). Direitos sociais são, por exemplo, direito à saúde, educação, previdência, moradia, etc. Em âmbito normativo, o art. 6º da Constituição Federal de 1988 é responsável por positivá-los.

Ainda segundo Alexy (ALEXY, 2009, p. 499), existem grandes polêmicas em relação aos direitos a prestação. Para o autor estas polêmicas são marcadas

por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais –, bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade. Visto que essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu “caráter politicamente explosivo” é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz.

<sup>22</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *As possibilidades do dirigismo constitucional brasileiro: o desacoplamento entre as perspectivas funcional e epistêmica na Teoria da Constituição*. 2011 (texto inédito cedido pelo autor).



Não há como discordar de tal colocação. Os direitos a prestações, em sentido amplo, e os direitos sociais, especificamente, causam grande “rebuliço” tanto na área acadêmica, quanto na arena jurisdicional e, ainda, no dia-a-dia do cidadão. Esses direitos tem uma relação muito próxima com as condições de vida do cidadão e, por isso mesmo, a concretização ou não deles é sentida muito de perto. Enfim, o as valorações políticas e práticas gerais são bem claras.

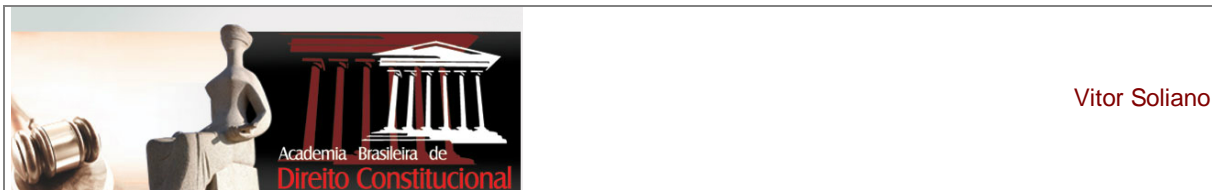
No Brasil o simbolismo constitucional é particularmente visível nesta área. Embora seja possível perceber alguma mudança nos últimos anos, as estatísticas de desenvolvimento social ainda demonstram que o Estado ainda deixa muito a desejar. Na medida em que esses direitos são prioritariamente realizados mediante políticas públicas é possível dizer que os poderes representativos vêm falhando na sua implementação.

Neste contexto, e sob o influxo do neoconstitucionalismo, passou a fazer parte da retórica doutrinária e da prática judicial brasileira a possibilidade e necessidade de interferência do Poder Judiciário nesta ceara.

Vem se entendendo que as decisões quanto ao cumprimento dos direitos sociais mediante políticas públicas não estão em à disposição da Administração Pública, mas decorrem imediatamente da normatividade constitucional e, por isso, podem e devem ser controladas pelo Poder Judiciário (KRELL, 2002, p. 100). Afirma-se que a função da política pública é diferenciar e definir as formas adequadas de distribuição de recursos disponíveis. Quando os órgãos prioritariamente responsáveis falham os juízes e tribunais têm a função de correção (KRELL, 2002, p. 101). Este raciocínio está embasado na ideia de que os direitos sociais não podem ficar a mercê da inércia legislativa ou de uma momentânea ou crônica ausência de fundos (KRELL, 2002, p. 102).

Ana Paula Barcellos afirma que o nosso sistema constitucional escolheu a democracia como modelo de governo e, por isso, o debate democrático deve ser a regra para direção do país. Segundo a autora a definição de como os recursos públicos serão empregados para a efetivação de direitos sociais mediante políticas públicas é um espaço privilegiado para o debate democrático. Contudo, está deliberação não estaria livre de condicionantes constitucionais. Afirma a autor carioca:





Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo (BARCELLOS, 2005, p. 96).

Na mesma toada, Flávia Piovesan informa que a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais estaria assegurada pela cláusula da máxima efetividade das normas constitucionais, cláusula esta que assume especial relevância no que toca os direitos fundamentais (sociais). Além disso, a interferência do Poder Judiciário nesta área não poderia deixar de acontecer por causa do disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal que positiva a regra da inafastabilidade da jurisdição (PIOVESAN, 2006, p. 7).

No que diz respeito especificamente ao direito à saúde – certamente o que gera maiores polêmicas quando o tema é judicialização dos direitos sociais – a interferência do Poder Judiciário estaria fundamentada na imperiosa proteção ao direito à vida. A ponderação, neste caso, sempre deveria fazer prevalecer este direito fundamental. Atuando desta forma o Judiciário estaria rompendo com uma concepção formalista e procedimental de direito (PIOVESAN, 2006, p. 12). Além disso, a justiciabilidade dos direitos sociais seria capaz de causar uma transformação emancipadora da sociedade, rompendo com posturas conservadoras (PIOVESAN, 2006, p. 13).

Todas essas concepções tem em comum a crítica à reserva do possível. A reserva do possível nada mais é do que uma estrutura analítica que pretende passar para o mundo do direito as inevitáveis limitações orçamentárias presentes na execução de qualquer política pública. Pode-se falar em reserva do possível fática e jurídica. A primeira “diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional”, enquanto a segunda “relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos” (SARMENTO, 2010, p. 197).

Para Andreas Krell (2002, p. 51-59) o argumento da reserva do possível é uma falácia e trata-se de uma má incorporação de categoria do direito comparado ao Brasil. Afirma que o Executivo não pode fazer escolhas entre atender uns ou outros

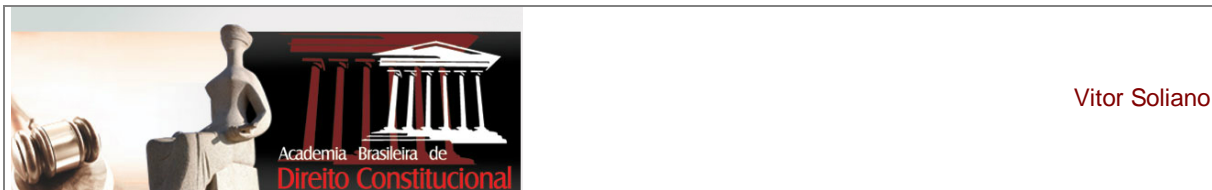


cidadãos tendo como base as limitações orçamentárias disponíveis. Especialmente no que diz respeito ao direito à saúde esses recursos, segundo o autor, devem, se for o caso de inexistência, ser retirados de outros setores como transporte, fomento econômico e serviço de dívida. Encerra afirmando que a escolha do que é possível ou não com base no orçamento tem que ser revista (KRELL, 2002, p. 53). Lembrando que a escolha, hoje, é dos órgãos representativos, o autor deseja fundamentar a possibilidade desta escolha pelo Poder Judiciário.

Dirley da Cunha Júnior também se coloca de forma contrária à cláusula da reserva do possível. Aduz que a construção conceitual se deu na Alemanha, país que vive condição de desenvolvimento muito distinta da brasileira e, por isso, não se deve absorver de logo suas construções doutrinárias. Resume o seu pensamento na seguinte passagem:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gasto em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 713).

Flávia Piovesan caminha em sentido próximo ao afirmar que a efetividade da Constituição não está condicionada ao orçamento público, mas ao contrário: é o orçamento que, “a partir da preferência constitucional que se deu aos direitos fundamentais, merecem reformulação, caso os recursos financeiros sejam escassos à cobertura geral da demanda financeira do Estado” (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 9). Assim, o legislador (e o administrador) não teria liberdade de conformação



quando o assunto é a “devida” alocação de recursos para satisfação dos direitos sociais (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 9). Entende-se por este argumento que o Judiciário está apto a “passar por cima das deliberações” dos poderes representativos.

Não obstante a importância das contribuições dos citados autores e o peso que seus argumentos possuem, entende-se que estão equivocados. Apesar dos posicionamentos serem altamente bem intencionados, parece que pecam pelo otimismo e ânsia concretista estimulada pelo neoconstitucionalismo.

Flávio Galdino faz interessante análise desta forma de posicionamento doutrinário. Assevera o autor, a partir do estudo da evolução doutrinária a respeito dos custos dos direitos e sua relação com a proteção jurisdicional, que este tipo de raciocínio pode ser classificado como “modelo teórico da utopia”. Neste sentido, as prestações públicas não possuem limites. Afirma o autor que não se dá a correta compreensão da diferença entre as prestações positivas e negativas na medida em que nega-se qualquer relevância a ela. Para esta concepção os recursos não faltam, sendo irrelevante a distinção (GALDINO, 2005, p. 186-187).

Ainda com base no pensamento de Galdino, pode-se dizer que as concepções acima aventadas assumem, ainda que implicitamente, os custos e disponibilidades orçamentárias e financeiras como algo externo à noção de direito subjetivo. Ou seja, não se analisa a possibilidade real de efetivação. Em síntese: “o conceito e a eficácia dos direitos subjetivos especificamente considerados [...] são analisados em vista dos textos normativos, sem qualquer consideração concernente às possibilidades de reais efetivação” (GALDINO, 2005, p. 187-188).

O posicionamento do autor complementa o que se disse acima sobre a constitucionalização simbólica e o ativismo judicial: há uma hipertrofia na consideração e análise do texto sem que tenha a devida atenção para com as possibilidades reais de concretização servindo-se de modelos ingênuos. O aparato metodológico defendido pelos autores é, portanto, inadequado para lidar com consistência e consciência a problemática em questão.

Repetiu-se várias vezes que o Judiciário tem um papel importantíssimo na concretização da Constituição. Contudo, é preciso separar o joio do trigo. Defender uma posição “ativa” do Judiciário na implementação da Constituição não conduz,



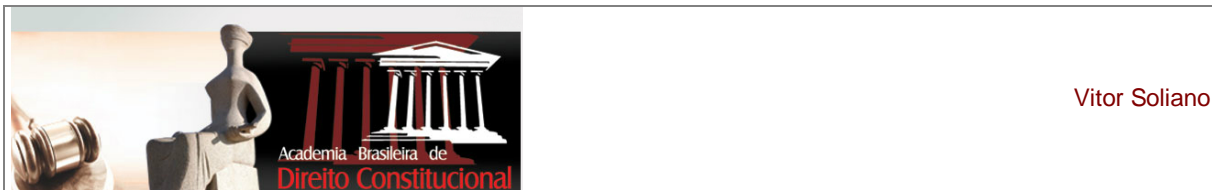
imediatamente, à defesa do Ativismo Judicial. Este ocorre quando se vale de mecanismos interpretativos e aparatos dogmáticos indevidos que acabam por sobrevalorizar a discricionariedade e a obscurecer fatores importantes que devem ser analisados. A forma como a doutrina vem defendendo a concretização e os juízes e tribunais decidindo acerca dos direitos sociais parece equivocada e ativista por alguns motivos.

Em primeiro lugar, desconsidera, de fato a existência de custos dos direitos e a necessária limitação e conceituação dos direitos subjetivos tendo em mente esses custos. Em segundo lugar, o Judiciário não é o Poder mais adequado para decidir sobre alocação de recursos. Uma atuação neste sentido coloca uma carga política demasiadamente alta neste Poder o que abre as portas para o Ativismo Judicial e para a perda de autonomia dos sistemas sociais (jurídico, político e econômico). Além disso, o Judiciário não se encontra devidamente aparelhado para lidar com esse tipo de demanda, seja por falta de aparatos e conhecimentos técnicos, seja pela própria estrutura principal do Judiciário: atender demandas individuais. Todos esses fatores induzem para interferências sistêmicas que não são imediatamente percebidas e ficam obscurecidas pela aprovação que as decisões concessivas de direitos sociais acabam recebendo do público.

Depois da publicação do livro de Stephen Holmes e Cass Sustein (*The cost of rights: why liberty depends on taxes*) se tornou (ou deveria ter se tornado) lugar comum a ideia de que todos os direitos têm custos. E isto é assim porque todos os direitos pressupõe gastos, mesmo aqueles que são tradicionalmente chamados de direitos fundamentais negativos, na medida em que sua fiscalização e salvaguarda contra violações exigem a existência um órgão responsável (AMARAL, 2010, p. 39).

Atrelada à ideia de custo está a ideia de escassez. Os recursos do mundo são escassos e precisam ser distribuídos. As disponibilidades orçamentárias (recursos) são finitas e, por isso mesmo, são finitas as possibilidades de atendimento às demandas. Como afirma Gustavo Amaral, com esteio em Holmes e Sustein

severas restrições orçamentárias implicam que algumas vítimas potenciais de maus-tratos tornem-se vítimas efetivas e o Estado terá feito pouco ou nada a respeito. Isso é deplorável, mas num mundo imperfeito de recursos



limitados, isto é também inevitável. Levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério (AMARAL, 2010, p. 42).

Neste sentido, fica evidente que qualquer resquício de ideia de direitos absolutos deve ser deletado. Nada que exija a alocação de recursos, ou seja, gastos monetários e decisões orçamentárias pode ser absoluto. Os direitos, mesmos os fundamentais, não são invioláveis, peremptórios e decisivos. Estão sujeitos a relativizações e processos de escolha alocativa (AMARAL, 2010, p. 42). A decisão alocativa (uma “escolha trágica”) é fruto da finitude dos recursos disponíveis para a satisfação dos direitos. Possuem caráter disjuntivo porque ao optar-se por uma satisfação, repudia-se a outra.

Tal como feito acima, Gustavo Amaral critica a doutrina constitucional preocupada com a concretização das normas constitucionais por não levar em conta as questões alocativas. Aduz que “a nota central parece ser um otimismo positivista, em que a inserção no campo do direito positivo afasta conjecturas sobre possibilidades fáticas”. Afirma ainda que os mesmo autores costumam admitir a existência de limites reais, mas simplesmente não aprofundam o tema ou passam por cima dele sem grandes preocupações (AMARAL, 2010, p. 98). É o caso dos autores citados e de uma vasta gama de outros autores brasileiros<sup>23</sup>.

Nesta toada, parece altamente proveitosa a proposta de Flávio Galdino de inserir a noção de custos dos direitos na própria ideia de direito subjetivo. Defende o autor que os custos não devem ser vistos como óbices à concretização de direitos, mas pressupostos de realização. Como não se realizam direitos, de fato, sem a disponibilidade de recursos, nada mais aconselhável do que condicionar a própria existência do direito à existência de meios reais e possíveis de implementação. Assim, só se pode realmente falar que uma pessoa tem um direito a algo depois de verificada a possibilidade fática de sua consecução (GALDINO, 2005, p. 336-345).

Um leitor deste artigo poderia acusar seu autor de querer submeter a lógica jurídica à lógica econômica. Nada mais distante da realidade. Pelo que foi dito até

---

<sup>23</sup> “Quem pretenda imaginar que são imediatamente passíveis de fruição por todos os brasileiros – como direitos subjetivos tradicionais – as normas previstas na Constituição Federal brasileira [...], haverá de verificar que a Constituição, seja permitida a expressão, é *pródiga*”. (GALDINO, 2005, p. 337).



aqui deve ter ficado claro que não se subscreve com a defesa de interferências indevidas e excessivas de um sistema social em outro. Este tipo de interferência é, inclusive, uma das facetas do que se entende por Ativismo Judicial.

O que se defende é que se pare de ignorar uma realidade. A doutrina e a jurisprudência não podem continuar acreditando que “direitos nascem em árvores”. Defender a hipertrofia da norma com a sobrevalorização da realidade para superar a hipertrofia do simbolismo constitucional é absurdo. Paradoxalmente, os autores que não levam em conta os custos dos direitos nas suas análises e defesas da concretização da Constituição são os que mais deixam a lógica econômica afetar o direito justamente por ignorar esta realidade.

Ainda depois de tudo o que se disse, um defensor mais aguerrido da judicialização dos direitos sociais (Ativismo, em verdade) poderia dizer que insistir na possibilidade de alocação pelo Judiciário. Parece, contudo, que esta não é a posição mais adequada.

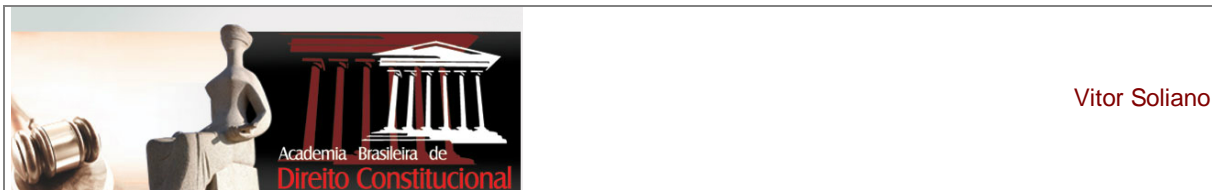
Como se disse, a alocação de recursos escassos exige escolhas trágicas. Essas escolhas tem um nítido caráter político por causa da amplitude e complexidade que demandam. Possibilitar ao Judiciário se avocar a “alocador” de recursos é dizer amém à sua politização e, assim, ao Ativismo Judicial. Além disso, é preciso ter em mente que as capacidades institucionais dos membros do Judiciário não contribuem para uma tal defesa.

Daniel Sarmento (2012, p. 208) resume com precisão:

A realização dos direitos sociais pelo Estado dá-se através de políticas públicas, cuja elaboração e implementação dependem, para o seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Os poderes Executivo e Legislativo (mais o primeiro do que o segundo) possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que freqüentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no Judiciário. Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos.

A desconfiança que os brasileiros têm em relação aos seus políticos não pode servir de justificativa para legitimar a atuação de um órgão tecnicamente





despreparado para lidar com a complexidade que é a distribuição de recursos aptos a satisfazer os direitos fundamentais sociais. Este tipo de decisão exige a construção de uma ideia de conjunto, algo quase impossível dentro de um processo judicial (ao menos em demandas individuais – que constituem a maioria nos casos de judicialização de direitos sociais).

Esta questão liga-se com a seguinte: a tendência natural de resolução de demandas individualizadas. O sistema processual e a própria formação do julgador tende a se preocupar muito mais com demandas individuais do que com demandas coletivas. E, infelizmente, a maioria das demandas que pedem ao judiciário a concretização de direitos fundamentais sociais por meio de realocação de recursos têm sido demandas individuais. Este fator gera um problema seríssimo de estruturação do sistema como um todo.

O Judiciário acaba por tentar resolver, com o aval da doutrina, problemas que são essencialmente de macrojustiça com mecanismo de microjustiça (AMARAL, 2010, p. 96-97). Costuma-se não levar isso muito em conta porque, afinal, o que é uma decisão alocativa em comparação com os milhões disponíveis? Contudo, essas demandas individuais tem tendência de massificação. Como afirma Onofre Alves Batista Júnior a “massificação dessas demandas e a multiplicação de pleitos pode ocasionar a completa desarticulação financeira do Estado” (BATISTA JÚNIOR, 2011, p. 291). Assim, “o caminho das demandas individuais mostra-se arriscado e inadequado para a implementação de direitos sociais, pela possibilidade de desarticulação das políticas públicas e pelos riscos que impõe a uma perspectiva de atendimento isonômico das necessidades da coletividade” (BATISTA JÚNIOR, 2011, p. 291).

Está-se diante de um novo paradoxo: o Judiciário atuando com a boa intenção de preservar um suposto mínimo existencial de um sujeito que ajuíza uma demanda individual acaba por violar outros “mínimos existenciais” por não ter a capacidade técnica ou conhecimento amplo o suficiente para entender e conhecer as políticas públicas de fato existentes.

Eis aqui um dos maiores problemas do Ativismo Judicial: as interferências sistêmicas. Como afirma Luís Roberto Barroso



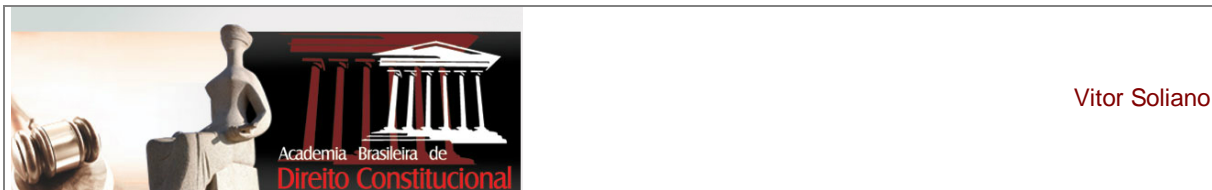
o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público (BARROSO, 2011, p. 287).

Todos os argumentos aqui levantados conduzem para a perda de autonomia dos sistemas, faceta do Ativismo Judicial. Seja por interferência excessiva no sistema político, seja por interferência excessiva no sistema econômico, ou mesmo interferência nos dois sistemas ao mesmo tempo, o Ativismo Judicial em matéria de direitos fundamentais sociais contribui para a incapacidade do sistema de se autorreproduzir autonomamente. Além disso, a interferência nesses sistemas acaba por exigir que o próprio sistema jurídico se valha de critérios e racionalidades próprios do sistema interferido, o que causa uma perda de autonomia, também, do sistema jurídico.

A espécie de Ativismo aqui crítica acaba por realizar um deslocamento do sentido positivo da constitucionalização simbólica para o Poder Judiciário. Ou seja, a função político-ideológica deixa de ser dos poderes representativos e passa a ser do Judiciário. Essas decisões pontuais (ou nem tão pontuais), tomadas através de mecanismos interpretativos inviáveis – ou seja, em desarmonia com a autonomia do direito e perpetradas sem uma atenção à integridade e coerência do sistema jurídico –, passam a impressão de que a ordem constitucional ainda é legítima e serve para guiar o futuro do Estado. Nada obstante, não supera, de fato, a constitucionalização simbólica por atuar em âmbitos individualizados. Salvaguardam o sentido ideológico da constitucionalização sem, contudo, realmente concretizá-la de forma generalizada.

Como aduz Wálber Araujo Carneiro

As mudanças percebidas no modo como tribunais e juízes veem a constituição e suas possibilidades de concretização representam, em verdade, o deslocamento da função positiva da “constitucionalização simbólica”. Se a função negativa (...) deixa de ser sustentável, a função positiva acabou sendo deslocada para o Judiciário, uma vez que as intervenções deste último (tal qual a do Constituinte) não resultarão em uma real e universal concretização da norma constitucional. Tais intervenções se dão, na maioria das vezes, no âmbito de microjustiça (...), mas não



encontram respaldo político no âmbito de uma macrojustiça (CARNEIRO, 2009, p. 6).

Afirma-se, portanto, que a forma como vem se lidando com a questão da judicialização dos direitos sociais é equivocada e Ativista e, por isso mesmo, ilegítima.

## 5 CONCLUSÕES

Afirmou-se no início e em diversas passagens que a posição deste trabalho é de que há, sim, um papel fundamental e ativo do Poder Judiciário da Concretização de direitos fundamentais. Afirmou-se, agora, que esse papel existe também quando o tema é direitos fundamentais sociais.

O constitucionalismo contemporâneo colocou novas questões à teoria do direito e à teoria do direito constitucional. A principal delas é a normatividade da Constituição e de todos os seus dispositivos, inclusive os que positivam os direitos sociais. Nesse cenário o Judiciário assume papel importantíssimo.

A percepção de que o Estado não vinha conseguindo concretizar de forma generalizada os preceitos constitucionais (constitucionalização simbólica em sentido negativo) acabou fazendo com que o Brasil recepcionasse um movimento teórico intitulado neoconstitucionalismo. Este movimento acaba por sobrecarregar a discricionariedade judicial e estimula a criação de aparatos dogmáticos e metodológicos ingênuos, movidos por uma ânsia concretista também ingênuo.

Este cenário é propício para o surgimento do Ativismo Judicial no Brasil, entendido aqui como atuação discricionária do julgador movido por mecanismo interpretativos que não lidam suficientemente bem com a criatividade judicial. Esta situação nunca será totalmente impedida, mas pode-se falar em níveis de Ativismo. O Ativismo, em complemento, é marcado pela perda de autonomia do sistema jurídico para os demais sistemas sociais.

O lugar por excelência para observação deste fenômeno é o da judicialização dos direitos sociais. Tem-se utilizado, cada vez mais, de mecanismo que ignoram fatores que não podem ser ignorados e acredita-se (ingenuamente?) na



possibilidade de ser o Judiciário um órgão adequado para realização de alocações de recursos escassos.

Discorda-se deste posicionamento porque, em primeiro lugar, ele desconsidera, de fato, a existência de custos dos direitos e a necessária limitação e conceituação dos direitos subjetivos tendo em mente esses custos. Em segundo lugar, o Judiciário não é o poder mais adequado para decidir sobre alocação de recursos. Um atuar neste sentido coloca uma carga política demasiadamente alta neste Poder o que abre as portas para o Ativismo Judicial e para a perda de autonomia dos sistemas sociais (jurídico, político e econômico). Além disso, o Judiciário não se encontra devidamente aparelhado para lidar com esse tipo de demanda, seja por falta de aparatos e conhecimentos técnicos, seja pela própria estrutura principal do Judiciário: atender demandas individuais. Todos esses fatores induzem para interferências sistêmicas que não são imediatamente percebidas e ficam obscurecidas pela aprovação que as decisões concessivas de direitos sociais acabam recebendo do público.

Enfim, critica-se o Ativismo sem abrir mão de algum nível de judicialização. Judicialização esta que não pode se dar através do aparato neoconstitucionalista. Não se pretende desmerecer por completo a importância que o neoconstitucionalismo teve e tem para o direito constitucional brasileiro. Longe disso. Se hoje tem-se mais Constituição e constitucionalismo do que tínhamos em 1988 (ADEODATO, 2009, p. 147), um dos grandes responsáveis é este movimento teórico-ideológico. Contudo, é chegada a hora de se realizar uma parada teórica para que se possa defender a Constituição com mais serenidade e coerência. A defesa da Constituição não pode significar um agir irresponsável na sua concretização, ainda que esta irresponsabilidade seja camuflada por aparatos teóricos e metodológicos convincentes<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> “não se deve idealizar que a concretização da Constituição, por intermédio da jurisdição constitucional, seja panaceia para resolver problemas brasileiros de ordem inteiramente distinta, tais como educação, previdência, fome e violência. Do mesmo modo que a constitucionalização de opções generalizadas, ou seja, construir novos e novos texto constitucionais, por intermédio de emendas e outros meios legiferantes, tampouco o é. É ingênua essa visão messiânica da jurisdição constitucional e das competências do legislativo, pois o subdesenvolvimento brasileiro é fenômeno social de raízes muito mais profundas”. (ADEODATO, 2009, p. 147)



## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes?. In: \_\_\_\_\_. **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, p. 155-165, 2009.
- ADEODATO, João Maurício. Limites à jurisdição constitucional. In: \_\_\_\_\_. **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, p. 139-154, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar., 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83-103, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar./abr./maio, 2007
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 271-309.
- BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 510-528, 2010.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito – II. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Vol. 5 Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.





- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: a ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e o compromisso irresponsável. *In*: CUNHA JÚNIOR, Dirley da.; DANTAS, Miguel Calmon (Orgs.). **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, p. 313-328, 2009.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **As possibilidades do dirigismo constitucional brasileiro**: o desacoplamento entre as perspectivas funcional e epistêmica na Teoria da Constituição. 2011(texto inédito cedido pelo autor).
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**. Uma teoria Dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CASALI BAHIA, Saulo José. O Poder Judiciário e a efetivação dos Direitos Fundamentais. *In* CUNHA JÚNIOR, Dirley da; CALMON DANTAS, Miguel. **Desafios do constitucionalismo brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 297-311.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. *In* GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (org.). **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, p. 55-71, 2006.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002
- LINHARES, José Manual Aroso; SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. A Necessidade de (re)Pensar a Realização do Direito em Tempos de Protagonismo Judicial – Um Percorso Possível em Busca de uma Reflexão Refundadora de um Novo Sentido. **Seqüência**: Estudos jurídicos e políticos, vol. 32, n. 63, p. 213-234, dez. 2011.
- LOBÃO, Ronaldo. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOBÃO, Ronaldo. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar./abr./maio, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.





- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NUNES, Dierle. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, p. 31-49, 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**. Año 8, Nº 15: Primer semestre de 2006. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2013.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: \_\_\_\_\_. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 179-215.
- SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 87-124.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 233-272, 2010.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. V. 4, 2006, p. 23-51.



- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOLIANO, Vitor. **Ativismo Judicial no Brasil**: em busca de uma definição. 2013. Monografia (Especialização em Direito Público) – Instituto JusPodivm, Salvador.
- STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, jan./jun. p. 9-27.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: \_\_\_\_\_; STEIN, Ernildo. **Hermenêutica e epistemologia**. 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TAVARES, André Ramos. O juiz ativista: concretização dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-85.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. v. 8. jan./jun. p. 37-58, 2012.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4. jul./dez. p. 441-459, 2008.