

Ativismo Judicial. Realidade Admissível Apenas para a Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais

Alfredo Canellas Guilherme da Silva ¹

Resumo

A motivação central deste artigo visa identificar as causas determinantes da inefetividade dos direitos sociais e deste problema propor uma solução consentânea com o novo constitucionalismo fundado na judicialização da política.

Constata-se que apesar do advento contemporâneo do movimento nominado de neoconstitucionalismo, os direitos sociais permanecem com baixo índice de concretização, ofendendo essencialmente a dignidade da pessoa humana dos economicamente necessitados.

Os direitos sociais não se beneficiaram da evolução do paradigma constitucional positivista para o novo modelo principiológico neoconstitucionalista. São encontradas resistências à superação do positivismo o que tem levado à constatação de que os direitos fundamentais sociais permanecem fragilizados e sem a concretização no grau e na intensidade exigida pela sociedade.

Não se pode deslembrar que a concretização da dignidade impõe aos Poderes do Estado e à sociedade em geral uma atuação positiva para a realização destes direitos de igualdade o que se dá, principalmente, pela concretização dos direitos fundamentais sociais.

319

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais

Abstract

The central motivation of this article aims to identify the determinants of Ineffectiveness of social rights and propose a solution to this problem consistent with the new constitutionalism based on the legalization of politics.

It can be realized that despite the advent of the contemporary movement named neoconstitutionalism, social rights remain with low achievement, offending essentially the human dignity of the economically needy.

Social rights have not benefited the evolution of constitutional positivist paradigm for the new principle neoconstitutionalism model. It is found resistance to overcome positivism, which has led to the conclusion that fundamental social rights remain fragile and without achieving the degree and intensity demanded by society.

It cannot be forgotten that the realization of dignity requires to the State Power and to the society in general, a positive role for the realization of these rights of equality that is given mainly by the realization of fundamental social rights.

Keywords: Judicial Activism. Fundamental Rights

¹ Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação e Pós-graduação (Nível de Especialização) na Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro-RJ. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – Rio de Janeiro - RJ. Especialista pela Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro- RJ. Extensão pela Universidade de Burgos – Espanha.

Positivismo Jurídico Versus Pós-Positivismo

Como é cediço, o paradigma positivista foi suplantado pela aplicação da principiologia (pós-positivismo principiológico) que aproxima o direito da moral. Esta linha permite que o decisor se afaste metodicamente do texto normativo em prol da Justiça que é encontrada na mais ampla esfera do direito.

Portanto, a dinâmica da realidade fática associada à esfera do direito autoriza a mutação modelar originada na supremacia do Poder Legislativo para a supremacia do Poder Judiciário.

Apesar do afastamento, um dos óbices à concretização pelo Poder Judiciário dos direitos sociais se associa ainda ao fato de que o modelo pós-positivista se utiliza de moldura teórica que não se opõe frontalmente aos cânones formalistas do positivismo jurídico. Pelo contrário, a ele se une com laços fortes a fraternos.

O pós-positivismo segue a tradição da ordem posta pelo estado e não afasta a idéia de Kelsen de uma hierarquia normativa escalonada. Logo, tanto para o perfil positivista quanto para o pós-positivista a supremacia constitucional é o primeiro e mais rígido norte hermenêutico. Neste aspecto, é imperioso reconhecer que não há diferenças estruturais entre o constitucionalismo clássico e o neoconstitucionalismo, ou melhor, é possível afirmar que incorre negação plena dos cânones do positivismo jurídico pelo pós-positivismo².

Ativismo Judicial Favorável aos Direitos Sociais

320

É certo que a dificuldade para concretizar os direitos sociais é gerada a partir do pressuposto que o neoconstitucionalismo contemporâneo ainda se utiliza de semelhantes parâmetros teóricos do constitucionalismo clássico. Este problema é mais gravoso em alguns países como o Brasil, onde a falta de concretização de direitos fundamentais sociais alcança níveis alarmantes.

Deve-se perguntar: se os direitos sociais são fundamentais e importantíssimos em uma sociedade democrática de direito social como a disposta no direito brasileiro, por que não são concretizados apesar do advento do neoconstitucionalismo que teria surgido para fundamentar o processo de mudança do injusto para o digno?

Este é o problema! A solução contorna o perímetro judicial, segundo a qual o decisor aplicador da norma de direito social deve ser um juiz concretizante, independentemente do posicionamento omissivo ou comissivo dos demais poderes. Este perfil pode ser chamado de ativismo judicial, mas nasce outra indagação: o que significa ativismo judicial?

Uma das hipóteses, segundo Antonin Scalia, citado por Kmiec Keenan, é no sentido de que “ativismo judicial não significa coisa alguma”³ mormente na observância da feição substantiva do devido processo legal.

² A distinção entre as correntes positivista e pós-positivista decorre, inegavelmente, no reconhecimento pela última dos princípios como normas dotadas de juridicidade. O pós-positivismo em grande redução pode ser identificado como o modelo que valoriza a ordem principiológica aplicada mediante um procedimento sistemático nominado de ponderação.

³ “But what does “judicial activism” mean? To borrow from Justice Antonin Scalia, it often “doesn’t mean anything. It doesn’t say whether you’re going to adopt the incorporation doctrine, whether you believe in substantive due process. It’s totally imprecise. It’s just nothing but fluff.” KmieK, Keenan. “Have you ever been a ‘judicial activist’?”, 12/05/2009”. Disponível em <<http://www.politico.com/news/stories/0509/22380.html>> Acesso em: 24.05.2009.

Entretanto, um juiz de conduta discricionária e ativista significa alguma coisa, verdadeiramente. Prefere-se afirmar que ativismo judicial⁴ é identificado por um conjunto de traços que permitem adjetivar a decisão jurisdicional pela análise de 5 (cinco) possibilidades:⁵

1. Declaração de Inconstitucionalidade de leis e atos dos demais poderes de constitucionalidade defensável (Striking Down Arguably Constitutional Actions of Other Branches);
2. Desconsideração das decisões contidas nos Precedentes ou dos entendimentos sumulados (Ignoring Precedent);
3. Imposição de “Legislação Judicial” na hipótese de omissão do Poder competente (Judicial Legislation);
4. Afastamento judicial da metodologia aceita na interpretação (Departures from Accepted Interpretive Methodology); e
5. Julgamento orientado pelos efeitos da decisão. (Result-Oriented Judging).

No primeiro caso a declaração de inconstitucionalidade incidiria sobre normas elaboradas pelos poderes eleitos mesmo aquelas de constitucionalidade defensável. Nesta hipótese, o ativismo judicial seria a medida necessária para o complemento do que fosse imprescindível à concretização da vida digna imposta pela idéia de Justiça social.

Por sua vez, o traço seguinte versaria sobre a desconsideração da jurisprudência dominante, ou seja, este instrumento permitiria que o juiz ativista-social ousasse pela mutação de posicionamentos edificados durante o modelo positivista formalista.

Em seguida, a imposição de Legislação Judicial seria exigida nas hipóteses de omissão legislativa/normativa pelo Poder competente. Aquelas omissões inconstitucionais poderiam ser plenamente colmatadas pelo Poder Judiciário de matriz social.

Kmiec Keenan também ilustra o ativismo pelo afastamento da metodologia, o que amplia sobremaneira a área discricionária do decisor judicial. Nesta senda, o decisor poderia partir do problema real e encontrar a solução digna aplicável ao caso concreto.

Por fim, o julgamento orientado pelos efeitos da decisão relacionando o ativismo com a visão pragmática da decisão, ao considerar as conseqüências dos atos judiciais no seio da sociedade.

Todos estes traços aparelham o decisor para se conduzir de forma ativista, mas direcionada para a concretização dos direitos fundamentais sociais.⁶

⁴ Para Vanice Lírio o Ativismo “não é a mera atividade de controle de constitucionalidade, e por via de consequência, o repúdio ao ato do poder legislativo, que permite por si só a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, diante dos casos difíceis. In: TAVARES, Rodrigo de Souza, VIEIRA, José Ribas, VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em 24.05.2009..

⁵ KMIEC, Keenan. “THE ORIGIN AND CURRENT MEANINGS OF “JUDICIAL ACTIVISM”. In: *California Law Review*, oct, 2004, p. 1643/1675. Disponível em: <http://www.constitution.org/lev/kmiec/judicial_activism.htm#Document2zzFN_B23>. Acesso em: 24/05/2009.

⁶ Como se nota, o ativismo judicial não é um termo vago. Pode ser também caracterizado como peca-

A Concretização e Dificuldades Contemporâneas

A hipótese central que possibilita a solução do problema da inefetividade de direitos fundamentais sociais (prestacionais) que, mesmo e apesar do advento contemporâneo do movimento nominado de neoconstitucionalismo permanecem sem concretização, consubstancia-se na persistente visão positivista inculcada na prestação jurisdicional legalista.

Esta conjuntura tem como causa acessória a ausência de doutrina autônoma – o que não se quer dizer indiferente – da jurisprudência. O nível de dependência arrasta a doutrina para a condição de mera reprodutora de decisões judiciais ou de textos legais, o que leva à elaboração da decisão judicial com o apoio de doutrina gestada pela própria jurisprudência. Desta carência doutrinária nasce o círculo vicioso e acrítico do atual neoconstitucionalismo positivista.

Em outro plano, a resistência se faz presente também na estrutura da decisão judicial neoconstitucional que admite o ativismo judicial favorável à elite e a contenção judicial em desfavor dos necessitados. A discricionariedade e o subjetivismo judicial tem sido arma útil contra os direitos sociais mais elementares. O ativismo judicial tem servido para reduzir os direitos dos mais necessitados em prol da manutenção dos direitos da elite beneficiada pela manutenção do *status quo*. A perpetuação das diferenças impede a construção de um Estado de Direito Digno (ou mesmo do Estado Digno de Direito), conforme veremos.

Exemplifica-se esta situação na edição de súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal contrárias à parcela da população que não encontra neste areópago suficiente ou nenhuma representação argumentativa, *expressis verbis*:

- a) Súmula Vinculante STF nº 1 – Ofende à garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar nº 110/2001. (grifamos)

Na verdade, a decisão do Supremo Tribunal Federal ofende o direito de propriedade das pessoas que não puderam esperar pela decisão judicial e foram coagidas pelo decurso do tempo a firmar o “ato jurídico perfeito”. Neste ponto, vale salientar que o Supremo Tribunal Federal optou pela postura liberal e se fez apenas a “boca da lei complementar” violadora dos direitos dos cidadãos.

Uma visão pelo ativismo de dignidade concluiria pela seguinte redação da mencionada Súmula Vinculante: Ofende a garantia constitucional a aplicação da lei complementar nº 110/2001 que lesione o patrimônio do trabalhador. (grifamos)

dos contra o princípio da separação dos poderes. Essa visão foi elaborada por William P. Marshall e se trata de uma categorização clássica sobre o tema, conforme é apresentado a seguir: Ativismo contra-majoritário (Counter-majoritarian Activism); Ativismo não-originalista (Non-Originalist Activism); Ativismo em face dos precedentes (Precedential-Activism); Ativismo jurisdicional (Jurisdictional Activism); Criação judicial do direito (Judicial Creativity); Ativismo de correção (Remedial Activism); Ativismo Pré-determinante (Partisan Actism). MARSHALL, William P. Conservative and the seven sins of judicial activism. In: *University of Colorado Law Review*. 2002. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=330266>>, Acesso em: 06.06.2009.

- b) Súmula Vinculante STF nº 5 – A falta de defesa técnica por Advogado no processo administrativo disciplinar não ofende à constituição.⁷ (grifamos)

Neste caso, a súmula do Supremo rompe com todo o sistema constitucional que comina a necessidade de uma defesa substantiva e material dos direitos. Nesta hipótese, a dignidade seria possível se a súmula fosse redigida da seguinte forma: A falta de defesa técnica por Advogado no processo administrativo disciplinar ofende a constituição, salvo se o acusado ou seu defensor possuir formação jurídica. (grifamos)

- c) Súmula Vinculante STF nº 6 – Não viola a constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. (grifamos)

Este entendimento ofende frontalmente à dignidade da pessoa humana ao autorizar a existência de remuneração inferior ao mínimo existencial.

Sem muitas elaborações, bastaria que a súmula dissesse o inverso: Viola a constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. (grifamos)

Vale repetir que a mudança para o Estado de Dignidade visa descolar a teoria e a prática jurisprudencial do fundamento positivista que permanece a serviço do pós-positivismo. Este avanço desnuda a constituição e a reveste com a roupagem da dignidade.

323

Constituição Digna passa a ser o norte da interpretação imanente de toda ordem normativa. A hierarquia kelseniana legalista se faz substituir pela material da dignidade humana.

O motivo da ruptura ora defendida advém da constatação que a sucessão da teoria pura do direito⁸ *kelseniana* para a *teoria da argumentação jurídica* – antecedente da *teoria dos direitos fundamentais* – além de não ter concretizado os direitos fundamentais, facilitou a excessiva judicialização do espaço de conformação da sociedade, permitindo o exercício do ativismo em contrariedade ao digno.

Tanto foi assim que, após o período de loas à nova metódica pós-positivista, doutrinadores e constitucionalistas democráticos passaram a defender até mesmo o estabelecimento de limites à jurisdição constitucional (eixo procedimentalista *habermasiano*), sob o argumento de que a ampliação da competência judicial pudesse servir - ou continue servindo - como extravagante instrumento invasor das áreas *competenciais* dos demais poderes e ofensor da dignidade.

Paradoxalmente, foi com o advento do neoconstitucionalismo que decorreu o aumento do subjetivismo, agora de diferente coloração, sem, contudo, o esperado aumento da concretização dos direitos sociais de dignidade.

É de se notar que os avanços na interpretação constitucional contemporânea no

⁷ Nota: Esta súmula vinculante tornou inaplicável a Súmula STJ nº 343 - É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

viés da abordagem pós-positivista (Teoria do Discurso e Teoria da Argumentação Jurídica) não alinham padrões claros de concretização jurisprudencial ao estabelecerem, verdadeiramente, a relativização dos direitos sociais o que se tornou mais um obstáculo à concretização.

Deve-se assinalar que a substancial transformação das relações entre o Poder Judiciário e os demais Poderes tem como causa a *sobre-constitucionalização do ordenamento*, efeito da excessiva irradiação da jurisprudência discursiva e metódica sobre “os domínios da vida social”,⁹ o que tem levado à imposição de padrões judiciais em contraposição aos elaborados pelos Poderes democraticamente eleitos sem galgar avanço concretizante dos direitos sociais.

Infelizmente, ao se analisar a intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes não há como ignorar a ausência de fidedignidade em um sem número de decisões judiciais, podendo-se, inclusive, constatar que o *balancing* levado a efeito nas decisões judiciais é em inúmeros casos de difícil realização, mesmo em certas hipóteses impossíveis de realização, pois culminam no empate de argumentos, onde não haveria interesse vencedor.

Nessa linha, as fundamentações de decisões não passariam de simulação ameaçadora dos direitos sociais que, verdadeiramente, estão sendo submetidos a um enunciado de precedência condicionada *putativo*, ou melhor, a uma solução desconforme com a dignidade humana, informando, em outras palavras, o *undue process of law*, pois decorrentes da discricionariedade judicial dotada de forte subjetivismo elitista.

Neste aspecto, o emprego inadequado da ponderação somado ao *decisionismo* judicial maléfico, além de ofender a separação dos poderes, se apóia em juízos voluntaristas cuja característica é o emprego imprevisível da jurisdição, marcando uma das causas da inefetividade dos direitos fundamentais sociais.

A solução para a falta de concretização desta espécie de direitos precisa ser encontrada pela inversão da fórmula de Ran Hirschl, *segundo a qual*:

*The judicialization of mega-politics may also be driven by “hegemonic preservation” attempts taken by influential sociopolitical groups fearful of losing their grip on political power. Such groups and their political representatives are more likely to delegate to the judiciary formative nationbuilding and collective-identity questions when their worldviews and policy preferences are increasingly challenged in majoritarian decision-making arenas.*¹⁰ (grifamos)

Melhor seria que a judicialização da política pudesse ser dirigida para a preservação dos direitos dos necessitados e não da classe hegemônica que desfruta de influência sócio-política e que após perder o histórico domínio das casas de representação popular avança tranquilamente sobre o Poder Judiciário com o fito de utilizar o controle de

⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 170.

¹⁰ HIRSCHL, Ran. THE NEW CONSTITUTIONALISM AND THE JUDICIALIZATION OF PURE POLITICS WORLDWIDE. *FORDHAM LAW REVIEW*. Disponível em <<http://law.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf>> Acesso em: 31.05.2009.

constitucionalidade como ferramenta de poder.

Como salienta Alexander Bickel, o *judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process*.¹¹ Portanto, antes que se macule a credibilidade judicial e se derrube a barreira de fogo¹² protetiva dos direitos sociais deve o “Estado da Jurisdição Constitucional”¹³ decisionista e discricionário praticar o ativismo somente nas hipóteses de favorecimento dos direitos sociais.

A concretização desta solução exige duas medidas:

- a) O abandono nas decisões judiciais de direitos sociais do emprego da teoria positivista; e
- b) A convivência do processo de argumentação (teoria do discurso) com as teorias *procedurais* voltadas para a participação inclusiva do povo (processo judicial democrático para os necessitados).

Essa última hipótese inevidente é o que se pretende alcançar pelo regime de democracia participativa que ocorrerá mediante a formulação de decisões judiciais ativistas que ao mesmo tempo tutelam direitos sociais e resguardam a participação democrática.

Conclusão

São diversos os aspectos importantes que acarretam a inefetividade dos direitos fundamentais sociais que merecem ser analisados com mais profundidade.

Inicialmente, há falta de atitude ativista-social nas decisões judiciais que ainda se fundam nos cânones *legicentristas onde são exoneradas de verificações* de dignidade da norma, bem como das circunstâncias da vida social historicamente vivida. A interpretação do valor dignidade segundo a lei tem sido o percurso usual seguido pelo Estado-juiz, mas não a lei em conformidade com as normas de direito social como seria esperado.

Secundariamente, abandonando sua função crítica, a doutrina tem se limitado a analisar as decisões judiciais o que contribui para a manutenção de inefetividade ora vivenciada.

Por tudo, somente o afastamento do resíduo positivista levará ao surgimento de um movimento de dignidade como possibilidades, encimado pelo inafastável paradigma da pessoa humana.

O *locus* privilegiado do regime democrático e social de direito é o Estado-Juiz ativista-social, onde a concretização dos direitos sociais aparece como o caminho da *dignigualdade (dignidade igual para todos)*.

¹¹ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. - The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 21.

¹² “Esto sucede, por ejemplo, en la tesis de Habermas acerca de la inexistencia de medidas racionales para la ponderación y su imagen del derrumbamiento de la barrera cortafuegos que constituyen los derechos fundamentales”. In: Epílogo a la teoría dos *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002.

¹³ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 38.

Repetidamente, demonstrou-se que para privilegiar os direitos sociais os cânones positivistas devem ser afastados, definitivamente. Neste passo, nos países de desenvolvimento tardio como o Brasil o eixo decisivo do ativismo judicial de matriz social é o mais adequado para dirigir a interpretação *efetivadora* de direitos de igualdade ainda não concretizados.

Não se deve esquecer que a elite brasileira, ainda acostumada à diferença social, é um ente colaborador da inefetividade dos direitos sociais. A magnitude da cultura da diferença afasta o compromisso de concretização dos direitos sociais.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. - The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

HIRSCHL, Ran. THE NEW CONSTITUTIONALISM AND THE JUDICIALIZATION OF PURE POLITICS WORLDWIDE. *FORDHAM LAW REVIEW*. Disponível em <<http://law.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf>> Acesso em: 31.05.2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KMIEC, Keenan. "THE ORIGIN AND CURRENT MEANINGS OF "JUDICIAL ACTIVISM". *California Law Review*, oct, 2004, p. 1643/1675. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm#Document2zzFN_B23>. Acesso em: 24/05/2009.

KMIEK, Keenan. "Have you ever been a 'judicial activist'?", 12/05/2009". Disponível em <<http://www.politico.com/news/stories/0509/22380.html>> Acesso em: 24.05.2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; SILVA, Alexandre Garrido da; SILVA, Marcus Firmino Santiago da; BRASIL, Deilton Ribeiro; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba : Juruá, 2009.