



O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FRENTE ÀS INÉRCIAS DO EXECUTIVO NA EFETIVAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS POR MEIO DO ATIVISMO JURISDICIONAL¹

NEOCONSTITUTIONALISM AS A MEANS OF IDENTIFICATION
OF THE CONSTITUTION OVER THE INERTIA OF THE EXECUTIVE
IN THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL DEMANDS
THROUGH THE JUDICIAL ACTIVISM

Anna Victoria Soares²

Clara Gabriela Albino Soares³

Mayara Fernanda Perim Santos⁴

Resumo

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise da necessidade de que, em um contexto neoconstitucional, a Constituição Federal de 1988 se identifique com a realidade social contemporânea, bem como estabelece a manifestação dessa necessidade por meio das manifestações sociais de 2013. Com a ajuda do método hipotético dedutivo, chegou-se, ao fim do trabalho, ao entendimento de que o ativismo judicial é uma forma de aproximação da Constituição com o povo, entretanto, não pode ser provido de forma desenfreada, devendo ser balizado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, onde, em situação diferente desta, corre-se o risco de relativização dos conceitos de democracia ao invés de legitimá-la.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Neoconstitucionalismo; Manifestações de 2014, Constituição Federal de 1988.

¹ Artigo submetido em 23/10/2014, pareceres de aprovação em 02/11/2014 e 17/01/2015, aprovação comunicada em 18/11/2014.

² Graduanda em psicologia pela PUC-GO. E-mail: <annavsoares@gmail.com>;

³ Advogada. MBA em Direito da Empresa com ênfase em tributário. E-mail: <nikita.pvh@hotmail.com>.

⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. E-mail: <fernanda_gandda@hotmail.com>.



Abstract

This article aims to analyze the need, in a neoconstitutional context, the Federal Constitution of 1988 identifies with contemporary social reality as well as establishes the manifestation of this need through the social manifestations of 2013. With the help of the hypothetical deductive method, it was concluded, that judicial activism is a way to approach the Constitution with the people, however, can not be accomplished rampantly, and should be marked on the principles of reasonableness and proportionality, where in this different situation, one runs the risk of relativity of the concepts of democracy rather than legitimizing it.

Keywords: Judicial Activism; Neoconstitutionalism; Demonstrations of 2014, the Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

A ordem constitucional em geral encontra-se em um momento de quebra de paradigmas, guarnecendo-se de uma soberania institucional de grande valor. O novo momento constitucional, chamado de neoconstitucionalismo, solidifica-se na legitimação integral de realidades constitucionalmente previstas. Fala-se em uma verticalização tardia, em que a hierarquia constitucional construída ao longo dos séculos alcança, finalmente, a sua essência.

Nesse viés, por meio dessa nova realidade jurídico-social, ocorre o fenômeno de constitucionalização do direito ordinário, onde todas as leis de um ordenamento devem ser compreendidas à luz normativa e principiológica da Constituição vigente. Desse modo, o Direito, por encontrar-se frente a uma sociedade globalizada onde o sistema jurídico antigo não encontrava-se mais suficiente para gerir a multiplicidade de realidades sociais diversificadas, incorporou a *persona* de legitimador de Direitos e Garantias inerentes a vida tanto particular quanto comum, ainda que isto signifique impor uma perspectiva constitucional na aplicabilidade de leis ordinariamente arquitetadas.

Ao passo em que o novo constitucionalismo vai se estabelecendo, no Brasil, há um dissabor no que diz respeito ao que a Constituição Federal de 1998 prevê e o que de fato acontece. A exemplo disso pode-se citar as Manifestações Sociais de 2013 que buscavam, de forma expressiva, realidades básicas como saúde, educação e transporte, situações estas previstas como balizas de um Estado Democrático de Direito saudável pela própria legislação vigente.



Com efeito, a aquisição de políticas públicas legitimadoras de direitos e garantias fundamentais é fato de que o Estado deve ser viabilizador. Entretanto, considerando toda a crise democrática demonstrada no Brasil dos tempos modernos, e, ainda, considerando o crescimento das demandas jurídicas para a promoção de tais garantias, é indissociável que se pense em um novo posicionamento jurisdicional frente a tal sociedade globalizada, e ainda, é de extrema relevância que se faça esta análise, principalmente por que, no auge dos seus 26 anos, a Constituição Brasileira de 1988 ainda busca respeito, embora seja sujeito de uma ordem constitucional legitimadora.

Chega-se, portanto, a um paradoxo: ao tempo em que o neoconstitucionalismo promove-se e o executivo não provém, pode o judiciário na promover políticas públicas por meio do ativismo judicial?

Tal abordagem será realizada por meio do método hipotético dedutivo com base bibliográfica, que visa, por meio de uma análise crítica, traçar a realidade nacional contemporânea frente a solidificação de preceitos constitucionais, e, corroborado com um enquadramento neoconstitucional, pensar sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, fazendo um paralelo entre as manifestações sociais de 2013 e o ativismo judicial como forma de aproximar a população da Constituição Federal de 1988.

2 AS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS DE 2013 E A NECESSIDADE DA BUSCA POR UM NOVO PARADIGMA EMANCIPADOR DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS

A nação vai mudar. São palavras constantes do discurso de posse como presidente da assembleia nacional constituinte. Hoje, 05 de outubro de 1988, no que tange a Constituição, a nação mudou. [...] A Constituição, com as correções que faremos, será a guardiã da governabilidade [...]. Declaro promulgado o documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil, que Deus nos ajude, que isto se cumpra.

Proferia, há 26 anos, Ulysses Guimarães, então presidente da Câmara dos Deputados, ao tempo em que sacudia a primeira Constituição Democrática do Brasil como se fosse um troféu. Estava inaugurada, portanto, de modo mais objetivo, a era em que o Estado admitiu como uma de suas maiores responsabilidades o dever de



proteger e promover o direito ao mínimo existencial, dando condições para a efetivação dos conceitos de Dignidade da Pessoa Humana, elemento essencial da construção de um Estado Democrático de Direito. Para Azambuja (2011, p. 19):

O germinar do Estado teve como origem uma necessidade humana de superar o Estado de Natureza e institucionalizar a busca daquilo que é próprio do homem: o bem público. Em razão da necessidade do homem em viver em sociedade se considera que o Estado é uma sociedade natural.

Desse modo, o bem público coloca-se como ordem primária do nascimento de todos os modelos de organização historicamente constituídos, onde, na maioria deles, o Estado toma para si o seu regimento, fazendo do Estado um meio que visa o bem público como fim.

Em um contexto nacional, o Estado maestra todas as linhas da vida comum, onde se “envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a proteção dos direitos do nascituro, e se prolongam até depois da morte, na execução de suas últimas vontades”. (AZAMBUJA, 2011, p. 20)

Em outro giro, ao passo em que o Estado se solidificava como um promotor dos Direitos constitucionalmente previstos, Souza e Mezzaroba (2013, p. 475) alertam que, como característica desse forte viés paternalista:

A partir de 1980 se passa a ver uma análise econômica cada vez mais reducionista em relação às questões sociais, que passaram a ser tratadas com programas meramente assistencialistas de transferência de rendas. [...] As políticas públicas passaram a enfrentar, inegavelmente, uma das piores crises dos últimos 50 anos.

Há, portanto, um paradigma onde o texto constitucional se destoa da realidade social, frustrando, em partes, as perspectivas de Ulysses Guimarães para a nação brasileira que passa por uma crise institucional que vincula os campos do Judiciário, do Executivo e do Legislativo. Não há que se falar em contentamento popular com a situação em que o Brasil se posiciona ao mesmo tempo em que se assiste às insatisfações populares materializadas especificamente nas manifestações de 2013.

Segundo a Folha de São Paulo (2013, p. 2):



O neoconstitucionalismo como forma de identificação...

Quando um grupo de jovens se reuniu no dia 6 de julho na Avenida Paulista para contestar o aumento da tarifa de ônibus de São Paulo, ninguém poderia imaginar que aquele seria o marco zero da **maior sequência de protestos no país desde o Fora Collor** (grifo nosso).

O portal da Globo de comunicações *online*, G1 (2014, s/p), ao realizar uma pesquisa dos motivos das reivindicações populares identificou os seguintes números: 57,3% manifestavam por transporte público de qualidade, 36,7% manifestavam por melhorias na saúde, 29,8% manifestavam por melhorias na educação e 49,4% manifestavam, dentre outros temas, contra a corrupção. Chega-se, portanto, em um paradoxo: de que adianta a legitimação dos Direitos individuais e coletivos se não é possível alcançá-los?

À luz das manifestações sociais como a exemplificação de uma crise democrática, tal crise injeta-se em diversas áreas de contato direto com as necessidades coletivas:

Assim, depara-se com problemas sociais variados desde a providência social, a obtenção de empregos, o ensino, a aposentadoria, a ausência de saneamento básico, a falta de atendimento médico, o aumento significativo da violência e a miséria, a falta de controle efetivo das contas públicas, além de outros problemas sociais. (SOUZA; MEZZAROBA, 2014, p. 475)

É importante ressaltar que a esfera pública conecta-se em redes e por redes divulga os temas de interesse da população, sem especializações e rebuscamento. Segundo Habermans (1997, p. 93) o ambiente de generalização que ela desencadeia leva a “uma renúncia de linguagens de especialistas ou a códigos especiais”. Desse modo, embora esparsas, as ideias populares difundidas ganham legitimidade, independentemente de suas formas ou conexões, como afirma Souza e Mezzaroba (2013, p. 489):

É imprescindível reconhecer que a ciência, assim como a lei, não detém o conhecimento pleno, acabado e a verdade absoluta, sendo necessário promover o resgate do senso comum e o conhecimento prático e vulgar. Assim o pensamento pós-moderno necessita se impregnar de senso comum.

Com efeito, o chamado senso comum como promotor de manifestações civis não é caso inédito na história brasileira, sendo inclusive fator condicionador de



transformações sociais significativas. A revista *Super Interessante*, no especial “manifestações” (2013, s/p), elencou como marcos significativos a Revolta do Vintém, que cancelou a tarifa de uso dos bondes do Rio de Janeiro em 1878, a Revolta da Vacina, em 1904, por melhorias sanitárias, as Diretas Já, em 1984, conquistando as eleições diretas, o Impeachment de Collor, em 1992, que resultou na renúncia do presidente no mesmo ano, dentre outras.

“Não somos a minoria”, “chega de ação, queremos promessas”, protestava o grafite estampado nas ruas brasileiras. O Estado, segundo Barroso (2013, s/p) “vive uma crise existencial”, não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos: de fato, a **injustiça** passeia pelas suas com passos firmes (BRENCH, 1997), e a **insegurança** é a característica da nossa era (KENNETH, 1984) (grifo nosso).

O Direito, portanto, frente a tal expressiva manifestação popular, tendo em vista as concepções de força que essas manifestações civis contêm no que diz respeito à insatisfação comum com o Estado, “tem um papel fundamental nessa abordagem e a sua leitura não permite mais se ater à dogmática nos moldes do positivismo e seus derivativos” (SOUZA; MEZARROBA, 2014, p. 476). Na verdade, o próprio universo do Direito brasileiro é marcado por uma enorme contradição interna, que se torna mais significativa no momento em que se traça uma linha entre o que a Constituição Federal de 1988 prevê e que as manifestações de 2013 demonstram.

Quando se considera que, segundo Souza e Mezzaroba (2013, p. 484), “o ponto de partida para a mudança é a análise da influência do aspecto jurídico na vida em sociedade” não pode a estrutura estatal como um todo, ignorar os milhares de brasileiros distribuídos em 388 cidades (ESTADÃO, 2013, s/p) que, ao irem as ruas, exemplificaram a necessidade de buscar um novo paradigma emancipador dos Direitos e Garantias posicionalmente previstos.

Na aflição dessa hora, como pode o Poder Judiciário, que tem por função e característica própria a distribuição de justiça (art. 5º, XXXV, CF/88) e a diminuição de conflitos (art. 126, CF/88), ficar inerte a tamanha incongruência do texto Constitucional com a realidade social? Sobre esse posicionamento jurídico, afirma Barroso (2013, s/p):



O neoconstitucionalismo como forma de identificação...

Não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. **Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo** (grifo nosso).

Nesse jaez, o Direito não pode, pois, como firma Souza e Mezzaroba (2013, p. 486) “ser examinado por meio de dogmas”. O dogma deve, por conseguinte, se transformar em problema e, por isso, é necessário superar a mera utilização da lógica formal, examinando as normas e os conflitos à luz da dialética social, fato este que, em um momento contemporâneo, se enche de significado, criando a necessidade da construção de uma forma legitimadora da Constituição Federal de 1988, especialmente por que, ultrapassando suas bodas de prata, ela ainda busca respeito.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO TARDIA DA CARTA MAGNA DE 1988

Na visualização do ordenamento jurídico brasileiro como uma estrutura hierarquizada de normas, a Constituição configura-se como instância superior da norma fundamental. Dessa concepção utilizou-se Kelsen na configuração da sua famosa pirâmide, na qual a Constituição se encontra no topo. Nesse sentido, Ferreira Mendes, Maires Coelho e Branco (2009, p. 14) relacionam que:

Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico- seja ele normativo ou de efeito concreto – para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, á de se mostrar conforme os preceitos da Constituição.

Dessa ordem, Constituição deve ser entendida como lei fundamental e suprema de um Estado, por conter normas referentes à estruturação da Nação, à formação dos poderes públicos, à forma de governo e à aquisição do poder de governar. Esse regimento, no âmbito brasileiro, construiu-se de forma escrita e formal, no qual se encontram estabelecidos as leis e os princípios que regem todo o ordenamento jurídico vigente.



Ressalta-se, nas palavras de Merlin (2000, p. 26-27) que, apesar dessa força suprema, a constituição brasileira, mesmo rígida, não resulta imutável. Essa mutação “ocorre como consequência de baixa densidade normativa e alta abstração dos seus comandos, que garantem um ajuste do seu conteúdo às constantes transformações oriundas da evolução da sociedade”. Assim, essa possibilidade de mutação endossa a abrangência do poder cidadão, visto a necessidade de adaptação à realidade.

Em uma perspectiva contemporânea, na qual, nas definições de mundo líquido de Bauman (2004, p. 31), “vivemos em tempo líquido, nada é pra durar”, a insegurança torna-se característica vigente. Essa seja, talvez, uma boa explicação para os recursos recorrentes aos prefixos “pós” e “neo”: pós-positivismo⁵, neoliberalismo⁶ e neoconstitucionalismo. Nesse contexto, encontra-se o Direito Constitucional, em transformação, ensejando o surgimento do neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo, definido por Barroso (2003, p. 43) como:

Um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio aos quais podem ser assinalados: (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças normativas da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Com efeito, desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito, que fundamenta-se na ideia de um sentido expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico. Ainda, o autor supracitado menciona que no Brasil, esse processo neoconstitucional iniciou-se a partir de 1988, o que

⁵ Em Filosofia e nos modelos de pesquisa científica, pós-positivismo (também chamado de pós-empiricismo) constitui uma instância meta teorética que critica e aperfeiçoa o positivismo. Pós-positivistas acreditam que o conhecimento humano não se baseia no incontestável, em bases pétreas, mas em hipóteses.

⁶ Conjunto de ideias políticas e econômicas capitalistas que defende a não participação do estado na economia. De acordo com esta doutrina, deve haver total liberdade de comércio (livre mercado), pois este princípio garante o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país.



fundamenta a incisão da força normativa desencadeada sob o viés constitucional. Essa Constituição Federal de 1988 tem se demonstrado forte para superar os momentos de instabilidade política pelos quais passou o Brasil no decorrer desses vinte anos.

Essa fundamentação torna-se importante a título de explanação do momento brasileiro em que a Constituição tornou-se ainda mais absoluta. O novo constitucionalismo identifica-se substancialmente ao momento social, político e econômico iniciado a partir do século XX. Síntese desse entendimento é trazida por Barroso, que citado por Antunes de Melo (2007, p. 1) atribui:

Essa é a era da constituição das nossas circunstâncias, por necessidade ou por virtude, seu texto final expressa heterogênea mistura de interesses de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais. A euforia constituinte, saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil é mais do que analítica é prolixa e corporativa.

Ainda, cabe ressaltar que este viés paternalista existe há algum tempo, entretanto, ganhou maior incidência com a promulgação da Constituição Cidadã vigente, que, segundo Lenza (2012, p. 63-64):

Ao albergar o constitucionalismo contemporâneo, adotou como um de seus paradigmas edificadores – ao lado dos princípios e objetivos fundamentais – o compromisso de otimização (e de garantia aos seus tutelados) do necessário para uma vida com plena dignidade humana.

Desta feita, passou a vigorar no ordenamento jurídico vigente, um novo conceito constitucional de efetivação clara das garantias constitucionalmente constituídas. O modelo convencional, ensina Barroso (2013, s/p):

Desenvolveu-se quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer a solução para os problemas jurídicos, quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o interprete desempenha uma função técnica de conhecimento. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciando descritivos de condutas a serem seguidas.

Entretanto, considerando que o direito nunca esteve e não está imune às transformações, ficando à mercê de uma sociedade globalizada, e, segundo Rocha



(2006, p. 196), considerando que “ a nova racionalidade adquirida na modernidade não é mais suficiente para gerir e pensar um sistema jurídico num ambiente tão repleto de possibilidades comunicativas e tão repleto de informações”, esta nova compreensão constitucional veio a enquadrar-se às demandas sociais, fator esse elucidado por Barroso (2013, s/p):

Sucedo, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado [...].

Arquitetado sob essa necessidade, fala-se, portanto, em um novo constitucionalismo, ou em um neoconstitucionalismo, onde:

Quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisando topicamente. Quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre possíveis soluções (BARROSO, 2013, s/p).

Tem-se inaugurado o Estado Constitucional moderno, arquitetado sobre uma estrutura política-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica e dos direitos humanos. O neoconstitucionalismo, por efeito, se destaca por levar a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, fator que pode ser comprovado pelo fenômeno crescente de constitucionalização do direito ordinário, fenômeno esse que “gera um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo o conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2013, s/p).

Desta feita, pode-se compreender que a Constituição Federal de 1988, alcançou, ainda que tardiamente, sua soberania institucional, onde, por meio de uma



nova ordem constitucional, solidificou-se como preceito básico legitimador da essência da organização social como um todo.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COM AS DEMANDAS SOCIAIS

Como efeito, a aproximação da constituição com o cidadão a partir da constitucionalização do direito autenticado em um sistema neoconstitucional arquitetado em uma perspectiva pós-moderna, é personificada na incisão do judiciário no executivo e no legislativo. Ao mesmo passo, verificou-se no Brasil uma “judicialização de questões políticas e sociais que passaram a ter nos tribunais uma instância decisória final” (BARROSO, 2013, s/p).

Assim, houveram dois fenômenos modificadores do Direito tradicional: as demandas das pessoas frente ao judiciário, que agora passam a buscar políticas públicas e sociais por meio da persecução processual, e o próprio posicionamento do Direito frente a esta realidade, pois agora se permite prestar uma tutela jurisdicional que se desprende da tecnicidade e atinge a tentativa de efetividade.

Desta forma, mesmo que o Estado, principalmente em um contexto moderno, ganhe escopo de promotor de bem social comum, ao tempo em que a concepção de que há a necessidade de enquadramento de todas as demandas sociais à Constituição Federal e, ainda, há a solidificação da supremacia dos direitos e garantias fundamentais, muitas vezes o poder executivo não consegue promover as políticas públicas necessárias. A partir desse momento, o judiciário endossa-se de atividades políticas, criando uma relação substantiva com as instituições judiciais, executando-se de um ativismo judicial.

Por conseguinte, toda a abordagem supracitada será acareada com a nova roupagem do constitucionalismo que, segundo Sarmiento (2012, p. 144) torna-se marcante nesse contexto pois:

[...] até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. [...] Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha



o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.

Tal análise dará ensejo ao entendimento de como a Constituição vigente, principalmente dentro de um contexto neoconstitucional, deve se aproximar da realidade social que coordena. Nesse sentido, para que haja real legitimidade jurisdicional, é de suma importância de que as leis estejam de acordo com as demandas sociais, gerando uma conexão direta e legítima da função do direito com sua aplicabilidade, onde “tão somente quando a lei escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores reais do poder que regem o país, só assim será boa e duradoura” (LASSALE, 2010, p. 20). Corrobora com essa ideia Herbermans (1997, p. 175), que afirma que “a primeira exigência de um sistema de direito é indicar aqueles que terão a palavra: os sujeitos do direito”.

Uma das formas de aproximação constitucional com o povo, tendo em vista a crise democrática instaurada pode ser realizada, segundo Barroso (2013, s/p), por meio de uma interpretação conforme a constituição, que pode significar:

(i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma - geralmente a mais óbvia - e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.

O chamado ativismo judicial é uma realidade social, onde, segundo o autor supracitado, “há um leque de exemplos” pronunciados pelo Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais na realização de:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.



Dessa forma, por meio de um novo conceito constitucional de gerir a sociedade, o ativismo judicial acaba funcionando como um meio de promover um controle jurisdicional de políticas públicas, aproximando as demandas das manifestações sociais de 2013 preestabelecidas constitucionalmente com a realidade do povo. a exemplo disso decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 2014 promovendo internação hospitalar:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REMESSA OFICIAL. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM UTI DA REDE PÚBLICA. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. I A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196 da CF/88). II – O Estado deve garantir assistência médica, incluída a internação de paciente em unidade de tratamento intensivo na rede particular, quando o poder público não dispõe de leitos disponíveis. III - Negou-se provimento à remessa de ofício.

Na ordem da saúde, corrobora com a promoção de direitos básicos o Supremo Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE INIMPUTÁVEL SUBMETIDO À MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO COMUM. FALTA DE VAGAS EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. A teor da pacífica orientação desta Corte, o inimputável submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não pode permanecer em estabelecimento prisional comum, ainda que sob a justificativa de ausência de vagas ou falta de recursos estatais. Precedentes. 2. Recurso provido para determinar a imediata transferência do Recorrente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, devendo, na ausência de vaga, aguardar, em regime de tratamento ambulatorial, o surgimento da vaga correspondente.

Em outra seara o Supremo Tribunal de Justiça em 2007 solidificou preceito básico educacional:

As crianças de zero a seis anos têm garantido, por expressa disposição constitucional, o direito, não em tese, não imaginário, não meramente ideal, mas concreto, efetivo, de atendimento em creche e pré-escola. Nada mais é necessário se dizer que um tal direito seja exercido. Nenhuma outra lei ou qualquer medida legislativa é necessária para a exequibilidade dessa prestação. Está claramente identificada a pessoa obrigada à prestação. Está também precisamente identificado, da mesma forma com singular clareza, o objeto dessa prestação social. [...] É direito líquido e certo.



Toda essa envergadura de compreensão leva ao capítulo da problemática do trabalho. Considerando que há um paradigma legal em que a constituição legitima direitos e garantias, o Estado não as executa e o Direito as endossa, descreve-se como o ativismo judicial tem se encorpado de um caráter promotor de políticas públicas. Essa análise é feita a luz do alerta de Harbele (2011, s/p):

O paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição significa que cada cidadão e cada partido político que vive na Constituição são co-intérpretes desta Constituição. O judiciário constitucional possui legitimação democrática apenas indireta. O primeiro poder da República é o Parlamento. O legislador parlamentar tem legitimidade direta, pois é eleito pelo povo. Por isso é importante que a sociedade também tenha espaço para participar da interpretação da Constituição.

Streck (2013, s/p) corrobora com a visão crítica do ativismo judicial pelo qual toda a interpretação da problemática deve ser guarnecida:

Na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema. A grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. Aqui está o busílis. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política.

Desta feita, embora legitime as políticas públicas e atenda várias das demandas não realizadas pelo executivo, fator motivador da comoção social de 2013, a prática do ativismo judicial não deve ser desenfreada a risco de interferir na essência da democracia brasileira. Deve pautar-se nas noções básicas de razoabilidade e proporcionalidade, como lembra Cambi (2009, p. 56):

A jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, já incorporou os princípios da proporcionalidade⁷ e da razoabilidade⁸, tanto em relação ao

⁷ O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade. (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008. p. 9)

⁸ “o postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite



controle dos atos legislativos (p. ex.: considerou inconstitucional Lei do Estado do Paraná, que determinava a pesagem de butijões de gás, no ato da venda para consumidor, em face da imensa dificuldade material, quando não da impossibilidade, de fazê-lo, entendendo se o ato legislativo não razoável, julgou inconstitucional ato normativo do Estado do Piauí, que permitia que pessoa estranha à carreira de delegado de polícia exercesse esta função) quanto dos administrativos (p. ex., determinou que candidato aprovado em concurso para delegado de polícia não poderia ser reprovado na prova de esforço físico, por ser os agentes policiais que fazem as perseguições; também, reconheceu que candidato à escrivão de polícia não poderia ser reprovado por não possuir altura mínima; ainda, considerou inadmissível o “julgamento de consciência” de candidato à magistratura, aprovado no certame, para excluí-lo do concurso público, com base em decisão secreta sobre sua vida pública e privada; por fim, julgou não razoável edital de concurso público que atribuía ao tempo de serviço público pontuação superior a títulos referentes à pós-graduação).

A supremacia do bem público pode ser realizada de diversas formas, principalmente em um contexto pós-moderno, onde a constitucionalização do direito dá precedentes para o poder judiciário vestir-se do escopo político e realizar políticas públicas, maquiando-se de poder executivo, e, por meio do ativismo judicial, aproximando a sociedade dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, entanto, deve ser regulamentado e limitado. Assim, sua qualidade de ação deve ser excepcional, não sendo ele espaço privilegiado para a discussão de questões tradicionalmente de natureza política sem o risco demasiado de subtrair da sociedade civil a oportunidade de manifestação e participação de temas essenciais que lhe digam respeito.

5 CONCLUSÃO

A Realidade de que o novo constitucionalismo traz novos parâmetros de interpretação constitucional é incontestável. Barroso, um dos autores brasileiros mais dispostos ao tema, justifica a recepção nacional de tal realidade pela dificuldade Estatal gerir um sistema que, sob uma ótica pós-positivista, diversifica-se desde concepções morais até a criação de novas realidades sociais.

Essa nova realidade dá condição a uma amplitude interpretativa, onde a clássica separação dos poderes dá lugar à possibilidade de uma intervenção

verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles. (Teoria dos Princípios - da definição a aplicação dos princípios jurídicos – 7ª Edição- Malheiros).



motivada que, frisa-se, não configura um ataque a autonomia de cada ente organizador. Desse modo, embora o ativismo judicial promova, por vezes, situações que seriam competência do poder executivo, este é um meio legítimo de intervenção, dado ao fato de que, nesta nova ordem gestora a solidificação de Direitos e Garantias constitucionalmente previstos é o fim que permite vários meios.

Nesse jaez, embora a Constituição Federal de 1988 se situe em um momento oportuno para a legitimação de seus valores, a realidade social não acompanha tal realidade, a exemplo das manifestações sociais de 2014. As manifestações, inclusive, são demonstrações claras de que a nova ordem constitucional aqui estudada é mais do que necessária, sendo promotor emancipador dos Direitos e Garantias constitucionalmente previstos.

Embora o ativismo judicial seja solidificador de políticas públicas, e, por consequência, seja materializador da aproximação da constituição vigente com o povo, esta atitude jurisdicional não pode ser tomada de forma desenfreada, ficando a mercê dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade dos aplicadores jurídicos brasileiros.

Com efeito, o neoconstitucionalismo, por meio do ativismo judicial e frente às inercias do executivo, dá ao processo o escopo teológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos, encarregando a jurisdição de leva-los à realização, entretanto, à luz de uma leitura mais substancialista, há de haver o cuidado na aplicabilidade de tal concessão, sob o risco de ataque a democracia e de posturas exegistas. Entende-se, portanto, que o ativismo judicial é válido, desde que se preceitue em parâmetros ditados pela razoabilidade.

6 REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 21 set. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.



BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 06 set. 2014.

BRECHT, Bertold. **Elogio da dialética**. In: Antologia poética, 1977.

CAMBI, Eduardo. **Função Social do Processo Civil**. In: DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coords.). **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. RMO: 20080111190794 DF 0020669-27.2008.8.07.0001, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 27/08/2014, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/09/2014 .

DISTRITO FEDERAL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC: 44587 SP 2014/0012821-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 08/05/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Retrospectiva**: manifestações não foram pelos 20 centavos. 2013. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1390207-manifestacoes-nao-foram-pelos-20-centavos.shtml>>. Acesso em: 28 set. 2014.

G1, Portal de notícias da Globo. **Reivindicações populares segundo pesquisa**, 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/>>. Acesso em: 23 set. 2014.

GUIMARÃES, Ulysses. **O marcante discurso de Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://contee.org.br/contee/index.php/2013/10/muda-brasil-o-marcante-discurso-de-ulysses-guimaraes-na-promulgacao-da-constituicao-de-1988/#.VEIplfnF_aY>. Acesso em: 23 out. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade, v. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERBELE, Peter. **Entrevista com Peter Herbele**: “a constituição é declaração de amor ao país”, 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>>. Acesso em: 27 set. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KENNETH, John Galbraith. **A era da incerteza**, 1984.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Servanda, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Clève Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERLIN, Clève Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**. Ano 1., n. 4. São Paulo: Notadez, 2006.

SARMENTO: Daniel. **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SÃO PAULO: **Superior Tribunal de Justiça**, Câmara Especial. Apel. Cível n.152. 802/5-00Rel.Min. Maria Olívia Alves. DJe Apelação improvida

SOARES, **Jéssica**. **07 manifestações que tomaram as ruas do Brasil**, 2013. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/blogs/superlistas/7-manifestacoes-que-tomaram-as-ruas-do-brasil/>>. Acesso em: 23 out. 2014.

SOUZA, Jose Fernando Vidal de. Mezzaroba, Orides. **O positivismo Jurídico: em busca de um novo paradigma emancipador e partir dos conflitos sociais no Brasil. Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais civis e sociais**. Joaçaba: UNOESC, 2013.

STRECK, Lênio. **O que é isto, ativismo judicial, em números?**, 2013. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros>>. Acesso em: 29 set. 2014.