

ATIVISMO JUDICIAL: DO NEOCONSTITUCIONALISMO AO NEOPROCESSUALISMO

Victor Augusto Passos Villani Côrtes

Advogado. Pós-Graduado Lato Sensu em Ciências Penais pela UNISUL. Pós-Graduado em Direito Processual Lato Sensu pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Resumo: Dá-se enfoque à discussão acerca do ativismo judicial coletivamente com outros fenômenos jurídicos que se evidenciaram após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde proporcionaram um novo sistema constitucional que preza pela eficácia das normas constitucionais e pela dignidade da pessoa humana. Observa-se o desenvolvimento do tema em conjunto aos fenômenos do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo; tais fenômenos ocorrem através da busca do bem-estar social dentro de um Estado Democrático e Social de Direito. Ressalta-se uma comparação do sistema judicial brasileiro com o sistema judicial estadunidense e, disserta-se com detalhes o funcionamento do ativismo judicial naquele país. Analisa-se o instituto da judicialização das políticas públicas. Conclui-se pela preponderância da aproximação do Direito com a Ética, realizando-se a dignidade da pessoa humana e, destarte, o florescimento de um sentimento constitucional no povo brasileiro.

Palavras-Chave: ativismo judicial, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, constitucionalização do direito, judicialização das políticas públicas, dignidade da pessoa humana.

Abstract: The project presents the dilemmas of managerial judges after the promulgation of the Brazilian Constitution of 1988. In this process occurred rebuilding in the procedural law. Development occurs, like a new form of judicial activism and a new way to implement social modifications to protect the Human Rights. The Supreme Court of Brazil has changed your operations to act in the name of society. In this paper, judicial review and the judicial activism is highlight. The procedural law has changed during more than twenty years of the promulgation of the Brazilian Constitution, new procedural instruments have facilitated this process and transformed the interpretation of the legal acts. This new instruments now have to been seen through a “*constitutional filter*”. The Constitution is in the top of the legal chain and is not, like in other times, just a political proposal. Now the demands of constitutional rules have to be implemented by the government to equalize the social dissemblance.

Key-Words: managerial judges, judicial review, new procedural law, judicial activism, “constitutional filter”.

Sumário: 1 – *Considerações Iniciais: em busca da nova teoria constitucional*; 2 - *Transformações do direito constitucional com o advento da CRFB/88*; 3 - *Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Razoabilidade*; 4 - *O constitucionalismo no direito comparado*; 5 – *O Ativismo Judicial*; 6 - *O ativismo judicial em sistemas da common law e sua historicidade*; 7 - *Common Law e Ativismo Judicial*; 8 - *Judicialização e Ativismo Judicial*; 9 - *Considerações Finais: um sentimento constitucional*.

1 - Considerações iniciais: em busca da nova teoria constitucional

A teoria neoconstitucional opera em favor de uma análise moral da Constituição, pois tal documento emana valores principais para uma sociedade moderna. É marcante a presença da análise axiológica e expansionista da Carta Magna. É um movimento que preconiza a eficácia dos direitos fundamentais através da ponderação de bens e valores conjuntamente com uma interpretação sistemática. Para tanto, preza por um ativismo judicial com valores arraigados nos princípios constitucionais explícitos e implícitos. Pode-se destacar, ainda, que tal atividade estima por uma aplicabilidade direta dos princípios constitucionais.

Desta sorte, interessante anotar que a Constituição Brasileira se efetiva através do processo. Este é um notável artifício de afirmação dos direitos nela explicitados, mormente no que concerne aos direitos fundamentais.

Importante frisar-se que o neoconstitucionalismo é a cada artigo, monografia, dissertação ou tese, nomeado de forma diferente; contudo, genericamente pode-se dizer que é uma concepção renovada sobre o Estado de Direito, propondo, assim, uma reformulação da teoria jurídica.

Imperioso se faz dizer que este movimento supracitado coopera com uma análise crítica do caso concreto, pois que, hodiernamente o intérprete não pode abster-se de examinar os acontecimentos da vida moderna. Muito menos o fazer de forma emoldurada, como se industrializado fosse o Direito. Certo é que os neoconstitucionalistas tentam, sempre, interpretar o texto constitucional com premissas morais e políticas de forma a aprofundar o debate constitucional, tentando sempre “arrancar” do seio de nossa Lei Fundamental a sua mais aperfeiçoada leitura.

Dentro deste contexto, a dignidade da pessoa humana torna-se núcleo axiológico para a tutela jurídica, e por mais relutância que se tenha entre os conservadores, este princípio direcionador do pensamento constitucional não se aplica somente nas relações entre governantes e governados (relação vertical), mas, outrossim, aplica-se às relações entre particulares (relação horizontal).

Neste momento permitir-se-á uma diminuta digressão: é preciso observar a doutrina de Ronald Dworkin, jusfilósofo americano. Este propõe que os intérpretes da Constituição interpretem-na de modo a considerar referências a princípios morais de decência e justiça. Quer-se, então, com tal ilustração demonstrar um modelo de juiz Hércules. Ou seja, um juiz que aceita desafios, não se contenta apenas a aplicar a lei. Diferentemente do que ocorria com o juiz Júpiter, que no Estado Liberal prezava pela não preocupação social, era muito conhecido como “a boca da lei” (*bouche de la loi*) e, por isso, disseminador de grandes injustiças. No entanto, no Estado Social no qual prevalece o juiz Hércules, é aberta a discussão acerca do substancialismo que dá margem ao ativismo judicial. Deste modo, o substancialismo jurídico é movimento de vanguarda onde é manifestada explícita adesão aos direitos fundamentais, princípios e fins públicos. Admitindo-se, desta feita, o controle do resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham. Tal atividade é favorável à judicialização das políticas públicas e à concretização dos preceitos constitucionais, pois os substantivistas dão proeminência aos princípios de justiça.

Após este pequeno devaneio, é certo afirmar que o juiz Hércules inspira o neoconstitucionalismo em sua versão jurídica romano-germânica.

Neste diapasão afirma-se que ocorre atualmente a constitucionalização do direito, abandonando-se a visão dicotômica entre direito público e privado, passando a analisar-se as matérias através de um “filtro” constitucional. E, desta forma, muitos autores de grande relevância defendem uma teoria geral do processo una. Nota-se, dentro desta visão, que o direito processual não pode mais se ver desgarrado do direito constitucional, com isso criou-se, também o instituto do neoprocessualismo. Tal fenômeno é acarretado pela constitucionalização dos direitos processuais fundamentais, além de uma crescente adoção de cláusulas gerais e um grande aumento dos poderes dos juízes.

2 - Transformações do direito constitucional com o advento da CRFB/88

Após longo período ditatorial, em 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, chega-se à tão sonhada democracia.

Neste passo, a Constituição Brasileira de 1988 promoveu a mudança de um regime autoritário (intolerante e violento) para um regime democrático.

Remodelando direitos e garantias, veio a Carta Magna, projetar um novo futuro. Futuro, este, que por muitos ainda não era visto claramente. Meio nebuloso pode-se dizer.

Leigos, políticos e juristas, juntos esperavam ansiosos por esta conquista aguardada por anos, décadas. Pessoas queriam mudanças, estavam cansadas de promessas; queriam ação.

E foi “ação” o que a Carta Política de cinco de outubro proporcionou. Mas não só isso, proporcionou também, a redemocratização do Brasil da qual foi a principal protagonista. Pode-se depreender tal afirmação simplesmente observando o título primeiro e segundo desta Constituição.

O título primeiro trata dos princípios fundamentais, ou seja, as metas diretivas em que a Constituição se baseia. E no título segundo revela a grandiosa preocupação com a pessoa humana.

Diferentemente do que se viu nas constituições passadas, o bem estar das pessoas foi consagrado em primeiro plano.

Viu-se surgir, no Brasil, não um “papel” com objetivos e regras a serem seguidas, mas sim, pode-se verificar um sentimento constitucional. Sentimento este que impulsionou o Direito Constitucional ao cume dos estudos jurídicos. E, com isso, o Direito Constitucional veio a assumir nova feição protegendo e defendendo os direitos fundamentais.

Desta feita, vale gizar que o art.1º da CRFB¹ dá a titularidade do poder ao “povo”. Nesta nova concepção democrática o “povo” exerce o poder através de seus representantes. Prevalece, a partir cinco de outubro de 1988, os direitos fundamentais,

¹É de boa índole destacar que, nos dizeres de Luís Roberto Barroso, a concepção de Estado Democrático de Direito é combinação entre dois conceitos: constitucionalismo e democracia. O primeiro traduz limitação do poder e supremacia da lei (*rule of law*). O segundo simboliza soberania popular e governo da maioria. (BARROSO, 2009, p.10)

consagrando-se, de uma vez por todas, um Estado Democrático de Direito. Como intuitivo tais direitos deixaram de ser meras promessas, e, portanto, passaram a ter aplicabilidade imediata. Os princípios não são mais formas de preenchimento de lacunas jurídicas, muito pelo contrário, e esta é a tendência do pós-positivismo. Desta feita, o Estado de Direito não mais é individualista, formal e passivo; agora este é um Estado material de Direito onde se almeja a justiça social.

Para Canotilho “o constitucionalismo ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Então, o novo quadro constitucional brasileiro foi delineado e desde 1988 este quadro está sendo aperfeiçoado pelos operadores do direito, legisladores e, também, pelo povo. Com a leitura do preâmbulo constata-se a instituição de um Estado Democrático (como já explicitado acima), destinado a assegurar valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

É importante assinalar que o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça; foram abrangidos de forma exaustiva pela Carta Política de 1988.

Em decorrência destes eventos, o Supremo Tribunal Federal se erigiu como duto de resistência às investidas dos Poderes Legislativos e Executivos, tudo isso, com o intuito de se evitar o retrocesso social ou inefetividade dos direitos fundamentais. O Supremo, após 1988, tornou-se um “guardião” ainda mais zeloso pelos preceitos emanados da Carta Magna.

Então, dentro deste novo sistema que se ergueu com a Constituição de 1988 ocorreu, por óbvio, o nascimento do neoprocessualismo (fenômeno já revelado perfunctoriamente na introdução).

O neoprocessualismo estimula institutos e garantias processuais tendo em vista a constitucionalização dos direitos. O desafio último desta matéria jurídica é proporcionar uma instrumentalidade do processo (respeitando o princípio da legalidade e o princípio da duração razoável do processo) com o garantismo dos direitos fundamentais. O fulcro

deste instituto é criar técnicas rápidas e adequadas à realização do direito processual, entretanto deve-se esmerilhar esta celeridade do processo prudentemente, pois não se deve a qualquer preço arriscar o devido processo legal (*substantive due process of law*)².

Com este novo formato na estrutura do Estado Brasileiro, salutar ressaltar, que criou-se um filtro interpretativo. Ou seja, toda norma infraconstitucional passa a ser interpretada a partir da Constituição da República Federativa do Brasil. Destarte, a hermenêutica constitucional ganhou força e passou a exercer um papel de grande relevância para a defesa e garantia dos direitos fundamentais.

Desta feita, surge-se o princípio implícito da proporcionalidade ou razoabilidade, que, atualmente gera infinitas discussões e devaneios doutrinários. Por isso, é de boa didática discorrer-se acerca deste tópico.

3 - Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Razoabilidade

Pretende-se, com esta análise, não só tecer comentários teóricos à respeito deste tema; mas também municiar a atividade jurisprudencial brasileira, primando-se pela proteção dos direitos fundamentais, inclusive, também, com aqueles referentes ao processo.

É objeto da proporcionalidade fazer com que não haja alguma restrição a direitos fundamentais. Cunha-se importante ressaltar que é uma restrição às restrições.

Com base na doutrina de Alexy³ onde são divididas as normas jurídicas em duas categorias: as regras e os princípios. Esta divisão se baseia na estrutura e forma de aplicação. Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes.

É evidente para os estudiosos deste tema que existe uma grande discussão se a proporcionalidade e a razoabilidade são princípios ou regras. Contudo, este não é o cerne deste trabalho; e, ademais já existe suficiente material para tal aprofundamento.

²PINHO, 2009, p. 50).

³ALEXY, Robert. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 177-212. Apud. SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

De forma iluminada esclarece-nos o Professor Virgílio Afonso da Silva⁴, que a regra da proporcionalidade seja de grande predomínio e compreendida como aparelho de controle contra excessos, vem adquirindo importância como instrumento contra omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais.

Vale destacar que o Princípio da Razoabilidade tem origem inglesa. Na Inglaterra este princípio é chamado de Princípio da Irrazoabilidade que foi criado em uma decisão judicial de 1948 (*Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation*). Desta decisão extrai-se que se uma decisão é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir. Ou seja, destina-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis⁵.

Virgílio Afonso ressalta que a regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais eclodiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, não sendo uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, tampouco simples análise da relação meio-fim. Conforme jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.

É necessário comentar que o STF, em seus julgados, não diferencia a proporcionalidade da razoabilidade. A Corte Máxima brasileira limita-se a equiparar proporcionalidade à razoabilidade, atendo-se à fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade. Com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal não se pode verificar se realmente foram analisados os três sub-princípios da proporcionalidade, pois nas decisões dos julgados somente discorrem sobre a aplicação ou não de tal princípio. Contudo, a análise dessas três sub-regras (ou sub-princípios) é de fundamental importância, pois regem-se pelo caráter da subsidiariedade. Em outras palavras: só é exigível a análise da *necessidade* se o caso não tiver sido resolvido com a

⁴SILVA, 2002, p.23-50.

⁵“So outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it. The test laid down in this case, in all three limbs, is known as “the Wednesbury test”. The term “Wednesbury unreasonableness” is used to describe the third limb, of being so unreasonable that no reasonable authority could have decided that way. This case or the principle laid down is cited in United Kingdom courts as a reason for courts to be hesitant to interfere into the decisions of [administrative law](#) bodies.”

análise da *adequação*; assim sendo, a análise da *proporcionalidade em sentido estrito* só será feita se não se satisfaz a análise da *necessidade*.

Por isso a evolução da jurisprudência alemã criou a Teoria dos Degraus (*Stufen Theorie*). Essa teoria ilustra a figura de uma escada, na qual a *adequação* está no primeiro degrau; a *necessidade* no segundo; e, a *proporcionalidade em sentido estrito* no terceiro degrau. Primeiro analisa-se se a medida é adequada, depois se é necessária e depois se é proporcional em sentido estrito.

Em algumas decisões do STF, como já visto, esse fundamento é meramente pressuposto, o que em nada contribui para o deslinde da questão. Em várias outras, contudo, o Tribunal encontra um fundamento para a proporcionalidade no inciso LIV do art.5º da CRFB/88⁶.

Boa parte da doutrina entende que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no chamado princípio do Estado de Direito, como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, e Suzana de Toledo Barros. Esta é uma tendência que, na Alemanha, encontra apoio em decisões do Tribunal Constitucional e na doutrina.

4 - O constitucionalismo no direito comparado

O fenômeno pelo qual o constitucionalismo brasileiro está passando neste momento histórico, mormente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, não é uma peculiaridade brasileira.

Ao redor do mundo, e em tempos diferentes, Tribunais Constitucionais de outros países foram protagonistas de decisões, ora polêmicas, ora inovadoras, seja por um papel ativista, seja por julgamentos no âmbito das políticas públicas.

Este momento aconteceu ou está acontecendo, em diversos países do mundo ocidental. Dessarte ocorre um avanço da justiça constitucional em face da política da maioria, ou seja, em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

⁶ Art.5º, CRFB - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Barroso⁷ fornece-nos alguns dados de extrema importância:

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.

Este foi um breve esclarecimento do Direito Constitucional no âmbito do Direito Comparado. Não se pode deixar de ressaltar que todos esses fatos mostraram-se evidentes após a Segunda Guerra Mundial. Nesta senda, pode-se citar Alemanha e Itália que, após a década de 40, do séc. XX, com suas novas constituições e a implementação de Tribunais Constitucionais subsidiaram o modelo contemporâneo do direito constitucional, tanto no Brasil como na própria Europa.

Insta lembrar, ainda, a questão Norte Americana. De todos os países acima descritos, os Estados Unidos da América é o de maior poder ativista e o precursor do controle difuso de constitucionalidade. Vale gizar tal acontecimento.

Nos idos de 1803, ocorreu, nos Estados Unidos, um julgado de extrema importância, qual seja, *Marbury vs. Madison*. Foi neste importante precedente que iniciou a *judicial review* e aproximou o Direito da Política.

Segundo Eduardo Cambi⁸, no final de 1801, antes do término de seu mandato, o Presidente norte americano *John Adams* apontou *William Marbury* para cargo no judiciário federal norte-americano. O novo Presidente, *Thomas Jefferson*, do partido rival, assumiu antes que *William Marbury* tomasse posse e recusou a sua nomeação ao

⁷(BARROSO, 2009, p.1-2).

⁸CAMBI, 2007, p.9.

cargo de juiz federal. Inconformado *Marbury* demandou *James Madison*, secretário de Estado de *Thomas Jefferson*, na Suprema Corte, a fim de que o Judiciário ordenasse *Jefferson* a nomeá-lo magistrado federal. *James Madison* simplesmente não contestou o pedido, ignorando que a matéria estivesse pendente no Judiciário. O Presidente da Suprema Corte *John Marshall*, que havia sido secretário de Estado de *John Adams*, foi colocado em situação difícil, pois, se determinasse que *Marbury* fosse empossado, não teria como implementar o comando e a Suprema Corte ficaria desmoralizada; por outro lado, o mesmo Tribunal ficaria desmoralizado se desse razão a *Jefferson* que tinha ignorado a demanda. Diante deste impasse, *John Marshall*, após citar *Jefferson* e a política de seu partido, considerou inconstitucional (nulo) o Ato Judiciário de 1799, que fundamentava a pretensão de *Marbury*. Em outras palavras, *Marshall* deu razão a *Marbury*, mas considerou que seu pedido estava calcado em regra inconstitucional. Com isto, não enfrentou o Presidente *Thomas Jefferson*, salvou a Suprema Corte do descrédito e deu início ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.

Em 1891 o controle difuso de constitucionalidade foi implementado na Constituição Republicana brasileira. Então, pelo princípio da supremacia da Constituição nenhuma lei ou ato administrativo poderá feri-la, sob pena de censura judicial que poderá ser feita por qualquer magistrado (controle difuso).

Após pequena digressão explicativa acerca da origem do controle de constitucionalidade, voltar-se-á atentamente sobre os aspectos práticos do ativismo judicial norte-americano.

Primeiramente, o ativismo judicial americano foi visto de sob um enfoque conservador. Os setores mais reacionários encontraram neste fenômeno ampla argumentação e fértil campo para decisões injustas e preconceituosas.

Faz-se mister comentar sobre algumas delas, como o caso da segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857). Em março de 1857 a Suprema Corte Norte Americana liderada pelo *Chief Justice Roger B. Taney*, declarou que todos afro-descendentes, mesmos os escravos livres, não eram e não poderiam ser cidadãos americanos. *Dred Scott* era um escravo liberto, que viveu no estado de *Illinois* e no estado de *Wisconsin*. Contudo, após certo tempo de liberdade, fora ele transferido para o estado de *Missouri* onde *Scott* retornou ao *status quo ante* de escravo. Desta feita, apelou para a *Supreme Court* na esperança que pudesse ser-lhe concedida sua liberdade novamente.

O *Chief Justice Roger B. Taney* decidiu da forma supracitada. *Taney* ainda disse que como *Dred Scott* era negro não tinha nem o direito de demandar perante o Poder Judiciário. Para *Taney* era claro: se negro não era cidadão, certo era de que não poderia pleitear causa alguma no Judiciário americano. *Chief Justice Roger*, interpretando a Constituição Americana, ainda proclamou de forma ululante que os constituintes originários não acreditavam que um afro-americano teria qualquer direito, e que o americano branco não precisaria respeitar qualquer destes direitos. É necessário salientar ainda que este juiz da Suprema Corte Americana exarou seu pensamento racista dizendo que era para o benefício de *Scott* ser rebaixado novamente à condição de escravo.

O *Chief*, para não deixar dúvidas sobre seu posicionamento, ainda declarou que malgrado a Declaração da Independência Americana (*Declaration of Independence*) gizar sobre a igualdade de todas as pessoas humanas, era evidente que a raça africana não estava abrangida nesta hipótese e que africanos não eram sujeitos de direitos nesta declaração.

Neste caso, mostra-se claro a interpretação distorcida de uma das Constituições que inspiraram a democracia mundial. *Dred Scott* foi tratado como uma mercadoria, da qual as pessoas poderiam obter vantagens e auferir lucros.

A Era *Lochner* (1905-1937) foi outro ponto culminante e cumpre destacar neste artigo. Nesta Era ocorreu a invalidação das leis sociais, bem como uma drástica mudança jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal. *Lochner* era foi um marco na jurisprudência da Suprema Corte Americana (*Lochner v. New York*, 1905⁹). Nesta Era a Suprema Corte invalidou várias leis que regulavam as condições de trabalho, fundando-se na idéia da doutrina do *laissez faire*¹⁰, até a Grande Depressão de 1929. Durante este período a Corte Máxima Americana manteve alguns regulamentos econômicos, entretanto, ao mesmo tempo, invalidou alguns destes regulamentos. Todavia, as decisões não se abstiveram de outras situações; em outras palavras, a Suprema Corte passou a regular também alguns direitos individuais, tal como: liberdade de expressão.

⁹Neste precedente americano a Suprema Corte considerou inconstitucional lei nova-iorquina que demarcava jornada de trabalho de padeiros.

¹⁰É uma expressão francesa de cunho puramente capitalista, onde o mercado deve funcionar livremente, sem interferência do Estado. É um clichê do Estado Liberal, e significa literalmente “deixai fazer”. Tal doutrina tem como principal defensor Adam Smith.

O marco final desta Era foi o caso *West Coast v. Parrish*, 1937.

Elsie Parrish era uma camareira do *Cascadian Hotel* (pertencente ao grupo *West Coast Hotel Company*), ela juntamente com seu marido demandou judicialmente o aumento de seu salário, já que *Parrish* recebia menos do que o salário mínimo imposto pelo governo americano naquela época.

Revela destacar, que essa utilização do ativismo judicial pela ala conservadora americana não mais prosperou após o precedente supracitado e a partir da década de 50, quando *Earl Warren* tornou-se presidente daquela Corte Suprema. Como intuitivo, a “*Corte Warren*” (como ficou conhecida) primou pela produção de jurisprudência progressista, julgando diversos *hard cases*. V.g. *Brown vs. Board of Education*, 1954; *Griswold vs. Connecticut*, 1965; *Roe vs. Wade*, 1973, dentre muitos outros.

5 - O Ativismo Judicial

Primeiramente, é de boa técnica conceituar “ativismo judicial”.

Ativismo judicial é uma atitude, é a eleição de um modo proativo de interpretar a Constituição, propagando seu sentido e extensão. Instala-se em situações de encolhimento do Poder Legislativo, onde ocorre um desajuste entre a esfera política e a sociedade, inabilitando que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Diversas são as condutas ativistas, pode-se citar como exemplos: (a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto; (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, mormente no que tange às políticas públicas.

Vale ressaltar que o ativismo procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional. Não se quer com este fenômeno invadir o campo da criação livre do Direito, papel típico do Poder Legislativo.

Para assegurar um maior embasamento doutrinário é necessário citar Mauro Cappelletti, que em seu livro “Juizes Legisladores?” procura esmiuçar a atuação criativa dos magistrados na aplicação do Direito. Segundo Cappelletti¹¹, este fenômeno é

¹¹CAPPELLETTI, 1999, p.24.

inevitável, pois que toda interpretação tem uma porção intrínseca de criatividade. Nunca se confundindo com arbitrariedade, pois a criatividade respeita elementos processuais e substanciais.

Este instituto vem redefinindo os limites da competência jurisdicional. De outro giro, alcança áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição. Salutar ressaltar que não mais prospera o quadro inaugural da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois com o passar do tempo houve um crescimento e valorização das questões diretamente afetas ao Direito Constitucional; como já revelado anteriormente neste trabalho.

E, acima de tudo, a própria compreensão do Direito Processual mudou. Antes o STF revelava-se confortável com análises do direito privado. Mas, atualmente, valoriza-se mais o acesso à justiça que a forma (como outrora acontecia). E, ainda, flexibilizou-se velhos dogmas do processo em favor da real garantia da prestação da jurisdição.

Relevante se faz observar que atualmente o Poder Judiciário Brasileiro tem demonstrado uma posição límpida em relação ao ativismo. Pode-se citar como exemplo mais contundente deste fenômeno a distribuição de medicamentos e determinações de tratamentos mediante decisão judicial. Isto são imposições de condutas ou abstenções do Poder Público. O Executivo vem, em diversos casos, perdendo demandas e sendo obrigado a custear medicamentos que não constam dos protocolos do Ministério da Saúde.

Um fenômeno positivo decorrente do ativismo é, sem dúvida, o maior atendimento das necessidades da sociedade¹². Como nem o Poder Executivo nem o parlamento tem tomado frente das situações o Poder Judiciário passou ser a *vis atrativa* desses problemas que “normalmente” seriam casos a serem solucionados pelos outros dois Poderes.

Estes exemplos, nada mais são do que a demonstração do ativismo judicial no Estado Brasileiro. Contudo, pergunta-se: o que acontece para haver esta sobreposição do Poder Judiciário em face dos outros dois Poderes? Não haveria a quebra do sistema

¹²Salutar se faz ressaltar o julgamento acerca das células-tronco embrionárias (art.5º da Lei de Biossegurança). Este caso foi envolto por uma grande discussão, inclusive com a participação da sociedade civil na condição de *amicus curiae*. O debate no Supremo Tribunal Federal foi muito mais divulgado do que a própria elaboração da lei. Mostra-se, com isso, uma maior preocupação do Poder Judiciário com a divulgação e a informação das pessoas. Desta forma, não só juristas podem opinar, mas também especialistas na área que não sejam do ramo do Direito.

de freios e contrapesos? O Judiciário não estaria invadindo competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo?

Estas são perguntas muito coerentes e de grande importância. Inicialmente este tema pode ser abordado dizendo que ocorre no Brasil uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo. Esta “crise”, por sua vez, dá ensejo à uma expansão do Judiciário (mais precisamente do STF – “guardião da Constituição”) preservando os direitos constitucionalmente previstos. Por isso decisões que suprem omissões acarretando inovações na ordem jurídica acontecem e tem um caráter normativo geral¹³.

Os críticos do ativismo judicial oferecem vários tipos de argumentos, alguns tentadores (não se pode olvidar), porém, todos rebatíveis e com fortes elementos que os embasam.

Críticos dizem que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, e com isso dizem que a legitimidade democrática estaria em risco, pois, afinal, o poder emana do povo. Todavia, a própria Constituição oferta ao Poder Judiciário a capacidade de sobrepor suas decisões às dos representantes do povo (sendo este o caso). Cumpre destacar, que indiretamente os magistrados estão aplicando a vontade do povo, afinal, magistrados (numa análise superficial) apenas aplicam as leis que são elaboradas diretamente pelos representantes do povo¹⁴. Outro argumento para se rebater as críticas feitas pelos formalistas contra o ativismo judicial é de que vivemos num Estado Democrático de Direito. Portanto, dentro deste paradigma o constitucionalismo defende os direitos fundamentais, que muitas vezes são esquecidos pelos nossos legisladores.

6 - O ativismo judicial em sistemas da *common law* e sua historicidade

Como já visto anteriormente neste trabalho, o ativismo é característico do Sistema da *Common Law*.

¹³É de boa técnica dizer que foi de grande contribuição para o ativismo a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A súmula vinculante e a repercussão geral são instrumentos de grande auxílio para o caráter proativo do Judiciário.

¹⁴Luís Roberto Barroso (2010, p. 307-351) esclarece, com destreza, que, atualmente magistrados não são mais a “boca da lei”. Porque, não desempenham atividade puramente mecânica na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluídas e indeterminadas, como: dignidade da pessoa humana, direito de privacidade e boa-fé objetiva. Por isso, eles tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito.

Os Estados Unidos da América e a Inglaterra são exemplos típicos deste sistema.

Neste diapasão, insta anotar algumas linhas sobre este aparelho. Numa tradução literal pode-se depreender que *Common Law* significa “direito comum”. Este “direito comum” se desenvolveu em alguns países que não adotaram o sistema romano-germânico¹⁵, mas adotaram o sistema anglo-saxão. Decorre de precedentes jurisprudenciais (decisões dos tribunais) e não mediante atos legislativos e/ou executivos.

A criação do direito na *Common Law* é de iniciativa dos magistrados que, analisando um caso concreto, criam ou abrem precedentes jurisprudenciais para serem aceitos em outros casos, desde que haja similar situação. O conjunto de precedentes é que é chamado de *Common Law* e vincula futuras decisões¹⁶.

Historicamente, durante o séc. XII e séc. XIII que se desenvolveu, na Inglaterra a *Common Law*. Inicialmente eram decisões judiciais que se baseavam no costume, tradição e precedentes. Este sistema se baseia no casuísmo, ou seja, na análise de cada caso concreto.

Em 1115, o rei Henrique II institucionalizou a *Common Law*. Criou-se, assim, um sistema unificado e comum. Os juízes reais viajavam por toda Inglaterra para resolver questões e divergências baseadas nos costumes e tradições de cada lugar, preservando suas características. Com o passar do tempo, os juízes reais voltavam para Londres onde registravam as divergências e os entendimentos deduzidos dos casos analisados em concreto. Desta feita surgiram os precedentes (*stare decisis*).

Então, todas as discussões travadas no território inglês foram concatenadas surgindo um corpo comum, ou seja, uma lei comum do reino inglês.

7 - *Common Law* e Ativismo Judicial

¹⁵O Sistema Romano-Germânico é o sistema jurídico mais disseminado no mundo, baseado no Direito Romano, que por sua vez foi interpretado por glosadores a partir do séc. XI. Além disso, este sistema permitiu a codificação do direito (v.g.: código civil Frances e BGB) a partir do séc. XVIII. Portanto, uma das mais importantes características deste sistema é seu caráter de direito escrito.

¹⁶Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior (*stare decisis*). De outra sorte, se o tribunal concluir que tal controvérsia é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, ou seja, é uma controvérsia analisada pela primeira vez, decidirá como *matter of first impression*.

Já se discutiu, neste trabalho, vários aspectos do ativismo judicial em países como os Estados Unidos da América. Contudo, faz-se necessário adentrar em um meandro prático de como o ativismo afeta a vida dos magistrados, o dia-a-dia dos Tribunais e até mesmo a duração razoável do processo¹⁷ neste sistema jurisdicional.

Primeiramente, deve-se deixar límpida a preocupação da Constituição Americana com a duração razoável do processo. Então, não só o Brasil preocupa-se com tal efetividade. Através da promulgação da 6ª emenda à Constituição Americana ficou evidenciada a preocupação com o tempo de duração da prestação jurisdicional¹⁸.

É importante frisar a preocupação dos americanos com o número de horas que um processo consome de um magistrado (*judge-hours*). E, mais ainda, o quanto de dinheiro é gasto com a demora dos julgamentos¹⁹.

Os Tribunais americanos estão abarrotados de processos, tanto quanto os brasileiros. E para acelerar os julgamentos e, até mesmo, impor a certeza das decisões judiciais, os americanos recorrem para todos os modos de concretizar este pensamento. *V.g.*, utilizam a própria figura mítica da justiça para dar maior confiabilidade às decisões judiciais para os cidadãos. Diz-se que os emblemas que rodeiam a Deusa da Justiça (*Têmis*) ilustram uma visão própria de uma prestação jurisdicional justa, portanto quando a figura da justiça carrega uma balança isso reflete a obrigação de uma decisão justa; e quando empunha uma espada (símbolo de poder), esta a outorga grande poder

¹⁷É importante assinalar que o Princípio da Duração Razoável do Processo foi introduzido em nossa Constituição mediante a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentando o inciso LXXVIII no artigo 5º de nossa Carta Magna. Extraí-se, da clareza didática de Humberto Dalla (PINHO, 2009, p. 46-47) que o processo é instrumento pelo qual o Estado confere jurisdição na solução de conflitos e isso deve ocorrer de maneira justa. Dentro desse modelo, surgiu no direito pátrio o chamado “processo justo” que, em linhas gerais, refere-se ao ideal de que o processo seja formado em consonância com os preceitos de dignidade da pessoa humana. É necessário um prazo razoável para a litispendência. Pois, é de todos sabido, que a insatisfação da sociedade com a demora na prestação jurisdicional dá-se pela grande demanda dos jurisdicionados em face da estrutura ainda precária do Poder Judiciário Brasileiro. O dito prazo razoável é muito importante, pois além de atender a celeridade processual tem que realizar uma prestação jurisdicional adequada, sem causar prejuízos indevidos aos jurisdicionados. Nos dizeres de Dalla: “unir uma justiça célere e eficaz. Isso é a tradução da efetividade processual.” Ainda em consonância com a lição do prodigioso professor, vale gizar uma passagem do PACTO DE ESTADO EM FAVOR DE UM JUDICIÁRIO MAIS RÁPIDO E REPUBLICANO: “poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.” Nesta esteira, Barbosa Moreira opina dizendo que a ideia de que a justiça no Brasil é morosa ou que aqui, a prestação da tutela jurisdicional é mais lenta do que em países mais desenvolvidos é um mito, que não se justifica.

¹⁸*Speedy Trial* é uma das liberdades fundamentais trazidas pelo *Bill of Rights*.

¹⁹(RESNIK, 1982, p. 2, 3,4)

para reforçar as decisões. E, como se não bastasse, esta imagem ainda veste uma venda fazendo com que ela não se distraia no rumo das decisões, dando impressão de imparcialidade e não corrupção.

Ocorre que os magistrados americanos tem maior liberdade para liderar as demandas, demonstrando, assim, uma personalidade mais ativa. Neste passo, pode-se afirmar que os juízes americanos tem uma postura mais ativista e autônoma, em relação aos juízes brasileiros que muitas vezes se veem presos na burocracia procedimental. Esta postura ativa dos julgadores norte-americanos é chamada, por eles, de “*managerial judges*”²⁰.

Exsurge cristalina que, em parte por causa de uma nova visão do papel do magistrado e em parte por causa do grande aumento de demandas judiciais, muitos juízes começaram a se preocupar com o aumento de seus trabalhos. Então, para reduzir mais esta preocupação, os magistrados americanos recorreram a *experts* em controle de gestão. Com esta ajuda os juízes puderam experimentar novos regimes para a resolução mais rápida das lides, perseguindo assim acordos e evitando processos longos. Tal inovação logo deixou de ser experimental e se espalhou pelo judiciário americano, rapidamente se tornando obrigatório. Nesta seara o gerenciamento pré-julgamento de processos tornou, em quase todos os casos, obrigatório²¹.

Com supedâneo no julgamento de *Petite v. Governor*, 1972 pode-se exemplificar o papel ativista do magistrado americano. *William Petite* em seu nome e no nome de seus colegas de cárcere do Presídio Estadual de Segurança Máxima de *Hadleyville* ajuizaram demanda onde eram réus tanto o diretor do presídio quanto o governador do estado. Em 1974 a juíza *Denise Breaux* detectou que as condições de vida e habitação naquele presídio estadual eram inconstitucionais, pois violavam os direitos fundamentais constitucionais dos detentos. Portanto, a juíza *Breaux* ordenou aos réus para agirem *imediatamente*, com o intuito de transformar as condições de vida e habitação do Presídio Estadual de Segurança Máxima de *Hadleyville* constitucionais.

²⁰Many federal judges have departed from their earlier attitudes; they have dropped the relatively disinterested pose to adopt a more active, managerial stance. In growing numbers, judges are not only adjudication the merits of issues presented to them by litigants, but also are meeting with parties in chambers to encourage settlement of disputes and supervise case preparation. Both before and after the trial, judges are playing a critical role in shaping litigation and influencing results.

²¹Management is a new form of “judicial activism”, a behavior that usually attracts substantial criticism. Como no Brasil o ativismo judicial encontra certas barreiras, críticas. Entretanto os benefícios são maiores.

Neste caso, a juíza, demonstrando um papel típico do ativismo, transformou-se no centro do processo, mantendo contato com ambas as partes e verificando o cumprimento de suas ordens.

Contudo, o papel da magistrada não é tão poderoso quanto àquela figura da justiça, onde nada a escapa. Afinal, os magistrados não são Deuses, mas sim humanos.

Por isso, durante anos de batalha processual, a juíza *Breaux* tentou fazer com que os querelantes voluntariamente cumprissem seus compromissos de melhora nas condições de vida daquela prisão. Destarte, a magistrada americana decidiu retirar o mandamento amplo e genérico imposto primeiramente por ela, qual seja, “melhora das condições de vida e habitação na penitenciária estadual”, e passou a decretar séries específicas de obrigações de fazer. Com isso, ela retirou uma obrigação de caráter genérico e impôs uma obrigação de caráter específico; portanto os réus passaram a ter que melhorar efetivamente o número de guardas por turno, o maior número de horas de atividades ao ar livre e até a data de instalação de uma nova rede de esgoto foi imposta. A juíza, ainda requisitou três advogados daquela comunidade para servirem de monitores. E, para ela própria se certificar das melhoras nas condições de vida dos detentos, fazia algumas visitas não anunciadas ao presídio para que pudesse ver com seus próprios olhos os melhoramentos feitos pelos réus. Como se não bastasse, ainda ordenou que o estado, uma vez por mês, a enviasse informações detalhadas do progresso das reformas que estavam sendo feitas por suas determinações²².

Ademais, malgrado o ativismo judicial imposto pela magistrada americana supracitada, existem, no Estado Americano mais formas de gerenciamento das causas. Outro exemplo é que os juízes tentam, na maioria das vezes, resolverem os casos de forma informal, ou seja, sem acionar a máquina judiciária (sem desperdiçar tempo e dinheiro do Estado). Os julgadores do norte da América somente em último caso levam a demanda para julgamento²³.

²²Ibid, RESNIK.

²³Segundo os juízes americanos eles acreditam que suas intervenções na demanda aceleram o acordo e melhoram o procedimento da lide. De acordo com o texto da juíza *Judith Resnik* entre 85 e 90% dos casos na esfera cível federal americana terminam em acordo. E as demandas que não resultam em acordo acabam sendo extintas por algum defeito de legalidade quanto ao procedimento adotado. Então, conclui-se, que apenas uma pequenina fração de processos civis na esfera federal americana é que realmente vão à julgamento, como por exemplo o caso *Petite v. Governor* (supracitado), onde exige do magistrado um maior envolvimento. Com isso, demonstra-se que o ativismo judicial americano não só se efetiva antes do julgamento, mas também no decorrer dele.

Adrede, o ativismo judicial está presente tanto antes do julgamento quanto durante o julgamento. O ativismo anterior à formação do processo serve exatamente para que se evite chegar ao julgamento. Os magistrados americanos querem diminuir ao máximo o número de processos ajuizados. Com isso, eles possuem uma gama de “poderes” específicos para dirigirem o rumo da demanda.

Vale evidenciar que nos encontros dos juízes com as partes no intuito de gerenciar o andamento da causa (provocando um ativismo judicial pré-julgamento), as reuniões são informais e contrastam com a estrutura do julgamento numa sala de audiência americana. Porque quando os juízes americanos presidem audiências, estas são totalmente formais, inclusive os magistrados utilizam-se da figura da Justiça para impor uma maior seriedade. A própria vestimenta do julgador americano é feita propositalmente para invocar a imagem da Justiça; e, pode-se relatar, ainda, que, eles sentam em mesas elevadas (pequenos palanques) como forma de se sobrepor à figura das demais partes. É muito parecido como o que ocorre aqui no Brasil, só que no contexto do Tribunal do Júri.

Já com as audiências, ou melhor, encontros informais, os juízes utilizam vestimenta comum (como terno) e sentam, dentro de seus gabinetes, em mesas redondas juntamente com as partes para demonstrar uma equivalência de condições e poder chegar mais rápido a um acordo²⁴. É o equivalente, no Brasil, com a figura dos juízes leigos de conciliação em Juizados Especiais.

Com baluarte no exposto acima é de enorme clareza que *managerial judges* podem adquirir, testar e usar seus conhecimentos de maneira que um juiz comum (ou seja: um juiz formal, sem personalidade ativista) não as conseguiriam utilizar.

8 - Judicialização e Ativismo Judicial

Estes dois movimentos, ultimamente, ocorrem no panorama judiciário brasileiro. Ambos tem características semelhantes, contudo, são distintos.

Mormente porque a Constituição brasileira é analítica (larga, ampla, prolixa, extensa) e abarca um sistema de constitucionalidade misto, ou seja, engloba tanto o modelo europeu (sistema concentrado) quanto o modelo americano (sistema difuso); e,

²⁴Vale destacar que esses acordos feitos de maneira informal são raramente expostos à opinião pública.

portanto, essas características fazem com que embates de grandes proporções sejam trasladados para o Poder Judiciário. Em breves palavras: a Constituição remete tais questões ao Judiciário, dada sua característica analítica.

Dissonante, entretanto, é o que ocorre com o ativismo judicial. Este exprime um modo interpretativo da constituição; como já se viu anteriormente neste trabalho. Mister, é o fato que tal atividade hipertrofia o sentido e alcance das normas. Ocorre, quando o legislador ou o administrador, de algum modo, se mostra inerte podendo até causar danos a alguns dos direitos fundamentais do cidadão.

Faz-se clamoroso, portanto não anódino, dissertar que há posicionamento divergente. Espíritos mais conservadores arrepiam-se com este fenômeno e elencam uma série de “riscos”, tais como: i – perigo para a legitimidade democrática; ii – politização da justiça; iii – segurança jurídica; iv – separação dos poderes; v – incapacidade institucional do Judiciário perante determinados assuntos.

Todavia, é necessário ressaltar que com o advento do Neoconstitucionalismo não há como pensar na substancialização do Estado Democrático de Direito sem construções criativas por parte do Poder Judiciário. Por isso, caem por terra, um por um, tais argumentos conservadores²⁵. Não há perigo para a legitimidade democrática uma vez que a Carta de cinco de outubro gizou por um estado intervencionista, outrossim, tais riscos são atenuados pelo fato de juízes e tribunais não fugirem à aplicação da Constituição e das leis. Já a politização da justiça não ocorre na medida em que os magistrados somente podem agir dentro do âmbito esculpido no ordenamento jurídico pátrio. De certo, também, os julgadores não podem vender-se diante de iniquidades, devendo, então, sempre, ponderar sobre os aspectos políticos de suas decisões. Poder-se-á relativizar a segurança jurídica dando azo a decisões mais justas. Já para rebater o argumento da separação dos poderes importa destacar que todas as decisões são tomadas com fulcro na Carta Magna, esta promulgada por representantes do povo brasileiro. E com relação a incapacidade do Judiciário para decidir determinados temas, insta salientar que tais decisões sempre serão cotejadas com valorações produzidas pela instância especializada em tal assunto.

²⁵ André Copetti disserta que a atuação judicial jurisprudencializadora da Constituição não só não afeta tais pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, mas, pelo contrário, os alicerça ainda mais. (COPEITI, 2005, p.10-11).

Com baluarte no Neoconstitucionalismo não se pode visualizar normas constitucionais como normas de mera exortação político-ideológica, ou seja, sem nenhuma vinculatividade para os Poderes Públicos e para os particulares. Revela-se, atualmente, inadequado tal pensamento, pois que o art.5º, §1º da Carta Política de 1988²⁶ estabelece de forma expressa a aplicabilidade imediata (direta) das normas jusfundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, integrante maior do Poder Judiciário é o guardião da Constituição Brasileira, e tem, desta forma, o dever de aplicá-la valorizando, sempre, os direitos fundamentais. A atuação, desta forma se dá a favor da democracia.

9 - Considerações Finais: um sentimento constitucional

Da forma em que o tema foi exposto no presente artigo, vê-se que o ativismo judicial não é mais um fenômeno fantasmagórico do Direito. Mas sim, uma realidade cada vez mais presente nas lides atuais.

É evidente dentro da Suprema Corte brasileira o desenvolvimento deste tema, tão importante para a justiça social. De certo que este movimento tem seus defensores e opositores, mas límpida foi a demonstração, neste trabalho, que mais correto é adotar uma visão moderna e fazer valer os princípios constitucionais, primordialmente a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, a concretização dos princípios constitucionais e do valor jurídico da dignidade da pessoa humana será assumida, dentro do processo judicial, pelas partes e pelo juiz.

Desta feita a constitucionalização do direito foi protagonista para a irradiação da jurisdição constitucional em praticamente todos os âmbitos. Pois que, decorre daí a aplicação da Constituição em diversas matérias, provocando tanto um aumento nas demandas como também um maior conhecimento, por parte do cidadão, de seus direitos e, ainda, nesta toada, ocorre uma intensa judicialização das políticas públicas. Importa sublinhar que a constitucionalização dos direitos e garantias processuais salienta o caráter publicístico do processo (neoprocessualismo). Desse modo, pode-se afirmar que a Constituição apossou-se de uma genuína força normativa e efetividade. Como já afirmado neste artigo as normas constitucionais não mais são enxergadas como

²⁶Art.5º, § 1º, CF/88 - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

documento estritamente político. Muito pelo contrário, desfrutam nesta oportunidade de aplicabilidade direta e imediata. Direitos constitucionalmente consagrados, v.g., direitos à saúde e educação, sustentam-se como direitos subjetivos em sentido amplo, admitindo-se, inclusive, tutela jurídica específica.

Portanto, visa-se demonstrar que não se pode mais imaginar que as escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo estejam insusceptíveis de controle judicial. A tendência do Neoconstitucionalismo é de uma atuação cada vez maior do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais. O Judiciário brasileiro, é, hodiernamente, invocado a intervir no âmbito da Administração Pública, como nos casos de fornecimento de medicamentos. Busca-se, com esta intervenção, a realização de um juramento constitucional, qual seja, uma prestação uniforme e universal do serviço de saúde e demais direitos sociais.

Certo é que o julgador, atualmente, não é mais a mera “boca da lei”, muito pelo contrário, ele é convocado a adotar através de uma postura hermenêutica construtiva e criativa, substancializar e materializar a Constituição e seus direitos humanos fundamentais. Neste diapasão, a sentença passa a ser resultado de uma interpretação à luz de princípios e valores traçados pela Constituição outorgando uma solução mais justa dentre as possíveis.

Exsurge cristalino, o intuito de vaticinar um ativismo judicial bem estruturado e embasado, juntamente com a possibilidade de judicialização das políticas públicas. Não se pode mais tergiversar acerca desta matéria, muito menos manter um comportamento estático conservador, pois esta é uma grande evolução do Direito.

Defende-se, baseando-se no neoconstitucionalismo que o Direito se aproxime da Ética, transformando-se em instrumento da legitimidade, justiça e realização da dignidade da pessoa humana. É necessário, desta feita, uma conservação ou proteção e uma promoção dos direitos fundamentais como condição de uma Constituição Dirigente. Com baluarte, baliza-se o poder político através do poder jurídico.

Vale destacar o pensamento de *Owen Fiss* que afirma ser a função do magistrado dotar os valores constitucionais de significado através do texto constitucional, da história e das ideias sociais, buscando o verdadeiro, correto e justo.

Referências bibliográficas:

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª. ed. Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/direito>. Acesso em abril de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Acesso em janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, dez. 2009. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547).

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm

BRASIL. LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005. *Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Revista Panóptica, ano 1, n. 6. Acesso em março de 2010. Disponível em: <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, reimpressão 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002.

COPETTI, André. *A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito*. Acesso em março de 2010. Disponível em: www.ihj.org.br.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2009.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na internet: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429. Acesso em janeiro de 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. WMF Martins Fontes. São Paulo, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. Saraiva. São Paulo, 2008.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em março de 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. University of Colorado Law Review. v. 73, sept. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito*. Acesso em: março de 2010. Disponível em: www.redp.com.br.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RESNIK, Judith. *Managerial Judges*. The Harvard Law Review Association. LEXSEE 96 HARV. L. REV. 376. December, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002).

SÍTIO STF: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

VALLE, Vanice Regina Lício (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.