



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB A PERSPECTIVA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO
JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Brunara de Araujo Meirelles

Rio de Janeiro
2018

BRUNARA DE ARAUJO MEIRELLES

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB A PERSPECTIVA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO
JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Artigo Científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB A PERSPECTIVA DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO
JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Brunara de Araujo Meirelles

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A Constituição Federal de 1988 possui diversas normas definidoras de direitos fundamentais que devem ser resguardados e/ou implementados pelo Poder Público, as quais, em sua grande maioria, possuem baixa carga normativo-jurídica, diante da constante omissão estatal no exercício de suas funções. Da ausência de concretização e eficácia das normas constitucionais, pode-se inferir que há um processo de constitucionalização simbólica no ordenamento pátrio, o que gera, dentre outras consequências, maior interferência do Poder Judiciário nos demais poderes e no controle de políticas públicas. Diante deste cenário, desponta a discussão sobre a prática do ativismo judicial na sociedade contemporânea, mormente em relação à sua legitimidade e eficácia na supressão da inércia estatal. O presente trabalho procura demonstrar que, no atual quadro político-jurídico, o ativismo judicial apresenta-se como instrumento idôneo e legítimo para a efetivação dos direitos fundamentais, sendo analisado sob a ótica do texto constitucional e da tripartição dos poderes.

Palavras-Chave – Direito Constitucional. Direito e Política. Constituição Simbólica. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Proatividade do Poder Judiciário. Eficácia dos Direitos Fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. O fenômeno da constitucionalização simbólica no ordenamento pátrio e suas implicações. 2. A legitimidade constitucional do ativismo judicial sob a ótica do princípio da separação dos poderes. 3. O papel do ativismo judicial como fenômeno jurídico eficiente na concretização dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o fenômeno da constitucionalização simbólica, formulado por Marcelo Neves, no ordenamento jurídico brasileiro e suas implicações práticas, mormente no que tange à expressiva inefetividade dos direitos fundamentais, ressaltando-se o papel fundamental do ativismo judicial no referido cenário. Procura-se demonstrar as consequências sociais de uma Constituição simbólica, com ênfase na baixa efetividade normativo-jurídica, bem como analisar a legitimidade do ativismo judicial na busca da materialização das normas constitucionais, sob a ótica da separação dos poderes.

A Constituição Federal de 1988, promulgada em período pós-guerra, positiva um rol extenso de direitos fundamentais, atribuindo-lhes alta carga valorativa, com o objetivo de

limitar o poder estatal e assegurar eficácia às garantias constitucionais. Não obstante, vê-se grande dificuldade de concretização das referidas normas que, em sua grande maioria, possuem pouca força jurídico-normativa, apresentando-se como preceitos meramente simbólicos. Diante desse panorama, da crise de representatividade e funcionalidade dos Poderes Legislativo e Executivo, verifica-se a expansão do ativismo judicial como elemento fundamental à concretização dos fins democrático-constitucionais.

Nesse contexto, indaga-se se o ordenamento jurídico pátrio vive um verdadeiro processo de constitucionalização simbólica? Pode-se sustentar a legitimidade do papel ativista do Poder Judiciário na efetividade dos preceitos simbolicamente positivados na Constituição? Diante da grave crise democrática e institucional, o ativismo judicial é instrumento apto neutralizar seus efeitos?

O tema tem enorme relevância no contexto do Direito Constitucional e Teoria do Direito e Política, tratando-se de assunto atual e polêmico, o qual gera grandes controvérsias jurídicas. Tal abordagem é especialmente relevante e visível quando se refere à proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, o trabalho busca abordar as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, de modo a desenvolver teses e conclusões próprias sobre a temática.

Inicia-se o primeiro capítulo explicitando a teoria da Constituição Simbólica formulada por Marcelo Neves, com análise da sua existência e consequências sociais no ordenamento brasileiro.

O segundo capítulo destina-se a abordar a legitimidade do ativismo judicial na concretização das garantias simbolicamente previstas na Constituição, sob a ótica da tripartição dos poderes.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a eficácia da postura ativista do Poder Judiciário como instrumento apto a garantir a efetivação dos direitos fundamentais, diante da crise institucional instaurada no país, bem como diante da baixa carga jurídica-normativa das normas constitucionais.

A pesquisa é desenvolvida com base no modelo dogmático de investigação, comportando, fundamentalmente, o método hipotético-dedutivo, com utilização da exploração bibliográfica-documental qualitativa para justificar os objetivos, bem como sustentar as teses, argumentos e conclusão do trabalho.

1. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SUAS IMPLICAÇÕES

A Constituição Federal de 1988¹ foi promulgada em superação ao regime autoritário instaurado em 1964², com o objetivo de construir um Estado Democrático de Direito e uma sociedade formada por “cidadãos livres, justos e solidários”³. Conforme ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho⁴, a constituição no sentido moderno traduz a limitação do poder e a garantia dos direitos fundamentais ao cidadão por meio do direito. Nesse cenário, o texto constitucional atual prevê instrumentos limitativos ao poder estatal e, em contrapartida, um extenso rol de direitos fundamentais, com alta carga valorativa, que devem ser respeitados e promovidos pelo poder público.

Conquanto seja de se deslumbrar a nobreza teórica da promulgação da Carta Política, não há de se olvidar que, na prática, a realidade se traduz de forma distinta. Isso porque, embora haja a normatização dos referidos direitos no instrumento que apresenta a mais alta validade e hierarquia jurídica do sistema, eles não são concretizados por si sós, pois exigem a ação do Estado, o que se apresenta, na maioria das vezes, como um problema. A força normativo-jurídica não decorre direta e tão somente da textualização em documentos constitucionais, mas da sua associação às demais funções estatais.

Isso quer dizer que, além da função legiferante do Estado, no que concerne à efetivação dos direitos, é necessário que o Poder Executivo desempenhe papel preponderante na promoção das políticas públicas, sob pena de se ter uma constituição com preceitos meramente simbólicos. A própria realidade social, muitas das vezes, sujeita às influências políticas e ideológicas, demonstra a falsidade normativo-jurídica projetada por certas normas definidoras de garantias, as quais somente se incumbem da previsão de direitos, mas não são efetivadas.

Na perspectiva brasileira, pode-se apontar o baixo grau de concretização das normas constitucionais, mormente no que se refere aos direitos fundamentais que, em sua maioria,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18. out. 2017.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 265-267.

³ É, inclusive, o que prevê o artigo 3^a, inciso I da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: Art 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária. BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 51.

tem previsão em normas programáticas ou dependem de legislação infraconstitucional regulamentando-os. Vê-se a falta de normatividade concreta da Constituição de 1988⁵, posto que não há integração entre seu texto e o ambiente social, ante uma eficácia meramente simbólica dos seus preceitos. Casos notórios são aqueles que dizem respeito às normas que positivam direitos sociais, econômicos e culturais.

Ademais, diante da grave crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade dos Poderes que se instaurou no país⁶, torna-se árdua a tarefa de concretizar os preceitos da Carta Política.

Sob essa ótica, passa a ser possível discutir a ocorrência, no ordenamento pátrio, do fenômeno da Constitucionalização Simbólica difundida pelo jurista e professor Marcelo Neves, em obra⁷ publicada no Brasil, no ano de 1994. No referido trabalho, o autor busca abordar o sentido político-social da Constituição, relacionando-o com o déficit de concreção jurídica das normas constitucionais.

Segundo Marcelo Neves⁸, a constitucionalização simbólica está associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas, das quais não resulta normatividade. Há uma relação inversa e discrepante entre a função política do texto constitucional - a qual está presente na normatização de direitos como mera forma de confirmação de valores à sociedade-, e a sua baixa efetividade normativo-jurídica.

Em outras palavras, uma constituição simbólica se apresenta quando há predominância do sistema político sobre o jurídico, no sentido de que as normas existem, precipuamente, para atender aos interesses políticos e às expectativas da sociedade, encontrando-se à margem o principal objetivo de uma Carta Política, que é a efetiva concretização dos direitos nelas estampados.

Além da confirmação de valores sociais, Marcelo Neves⁹ propõe em sua obra acadêmica, fundamentado no artigo *Symbolische Gesetzgebung*, de Harald Kindermann, que a constituição simbólica também tem como objetivo demonstrar a capacidade de ação do Estado, assegurando confiança nos sistemas jurídicos e políticos, bem como adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios.

⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. O STF e sua função majoritária e representativa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

⁷ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

⁸ Ibidem, p. 115.

⁹ Ibidem, p. 92.

Nesse contexto, os dispositivos constitucionais, não obstante não possuem relevância normativo-jurídica, conferem falsa solução para os problemas da sociedade, como resultado do cenário paradoxal entre o texto e a realidade constitucional.

Haveria, dessa forma, uma constituição aparente, com falaciosa representação em relação ao cenário social, com vistas a mascarar o sistema político. A representação ilusória da realidade não só mascara os problemas sociais, como também possui como consequência negativa a obstrução de transformações efetivas na sociedade, imunizando o sistema político contra outras alternativas¹⁰.

Sob a ótica da constitucionalização simbólica, a Constituição Federal de 1988 representa uma carta simbólica, em que não estão presentes as condições materiais para realização de suas disposições, seja em relação à estrutura político-econômica do país, seja em relação à funcionalidade dos Poderes. Trata-se de texto com grande carga teórica normativa que, na prática, apresenta deficiência na materialização das garantias nele insculpidas.

É preciso ressaltar, no entanto, que as consequências negativas de uma Constituição Simbólica não se resumem à baixa eficácia de seus textos legais, mas a outros efeitos sociais não tão aparentes.

A hipertrofia simbólica da Constituição leva à descrença da população no próprio sistema jurídico e, conseqüentemente, à consciência de que a legislação positivada não altera a concretização de seus direitos, posto que somente cria falsas expectativas¹¹.

Outrossim, há influência negativa sobre a própria ordem social, uma vez que seus efeitos são reproduzidos nas esferas material, social, temporal e econômico, uma vez que não havendo normatividade jurídico da Constituição, há o comprometimento do direito como um sistema jurídico autônomo¹².

É cediço que a Constituição se encontra no ápice do sistema jurídico e possui forte simbolismo, influenciando fatores ligados à política, bem como sujeitando todo o ordenamento pátrio ao seu poder. Pode-se afirmar que a eficácia de todo o restante do ordenamento jurídico encontra-se vinculado à eficácia constitucional, cuja ausência poderá criar um colapso no sistema jurídico como um todo.

¹⁰ BRYDE *apud* NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Brasília, ano 33, n. 132, p. 321, out./dez. 1996.

¹¹ NEVES, *op. cit.*, 1994, p. 41.

¹² *Ibidem*, p. 150.

2. A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA RELEITURA À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A separação dos poderes, que é a base da organização do governo nas democracias ocidentais¹³, foi teorizada por Aristóteles, ainda na Antiguidade grega, e, posteriormente, aprimorada por Locke e Montesquieu, sendo este o responsável pelo desenvolvimento da ideia de que as funções estatais estariam intimamente ligadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, evitando-se, assim, a cumulação de poderes em uma única pessoa¹⁴. O objetivo principal da tese era a proteção dos direitos individuais e fundamentais dos cidadãos frente às arbitrariedades do Estado.

Para que fossem mantidas a autonomia e independência, desenvolveu-se uma engenhosa construção doutrinária conhecida como teoria dos freios e contrapesos, originalmente chamada de *check and balances*, em que cada um dos poderes passa a ter funções típicas e atípicas, cumprindo funções essenciais, bem como procedendo à fiscalização dos demais órgãos, simultaneamente¹⁵.

No entanto, hodiernamente, tal teoria deve ser reanalisada sob a ótica dos objetivos do Estado Democrático de Direito e do atual cenário político-jurídico nacional. Isso porque, vê-se, claramente, que uma grave crise institucional assola o país, mormente no que se refere à democracia representativa, composta pelos poderes Executivo e Legislativo.

Se, de um lado, a Constituição Federal¹⁶ prevê diversos direitos e garantias fundamentais que devem ser resguardados a todos os indivíduos, de outro, o poder Executivo falha ao não implementar políticas públicas imprescindíveis para a efetiva concretização dos aludidos direitos.

Como exemplo, pode-se citar a necessidade de um indivíduo hipossuficiente acionar o Poder Judiciário pleiteando a concretização do direito à saúde, elencado no artigo 6º da Constituição Federal de 1998¹⁷, uma vez que, acometido de doença grave, a administração pública não lhe garante atendimento e medicamentos necessários para o tratamento da doença.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 593.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184-185.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷ *Ibidem*.

Conforme artigo 196 do mesmo diploma¹⁸, a saúde é direito fundamental de todos e é dever do Estado garanti-lo por meio de políticas públicas, os quais, em tese, deveriam ser implementadas pelo Executivo.

Há, ainda, que se ressaltar a regulamentação deficiente das normas constitucionais carentes de disciplina pelo poder Legislativo ou, até mesmo sua omissão, o que compromete a eficácia dos preceitos previstos na Carta Magna.

Conforme aponta Canotilho¹⁹, “a omissão legislativa inconstitucional [...] não se trata, pois, de um simples negativo; trata-se, sim, de não fazer aquilo que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.”.

As omissões e irregularidades funcionais dos supracitados poderes, aliadas às graves falhas no processo eleitoral, à existência de um sistema proporcional e majoritário altamente criticável, à corrupção constante, à troca de favores políticos e à impunidade dos governantes acarreta um desmoronamento da democracia representativa que, em seu ideal, deveria existir para proteger os interesses dos representados.

Esse cenário de crise repercute, invariavelmente, no sistema de tripartição dos poderes, diante da ausência de exercício pleno das atribuições típicas e atípicas por ele delimitadas, bem como da falha em seu objetivo principal, qual seja, a proteção dos direitos individuais dos cidadãos frente ao Estado.

É de se imaginar que, na criação da teoria clássica de repartição de funções entre os poderes, de forma autônoma e independente, Montesquieu tinha a crença de que essas três funções estatais seriam bem administradas e atenderiam aos anseios da sociedade, sem prever o possível descolamento entre a classe política e a sociedade civil que poderia vir a surgir.

A falha consiste no fato de que, para o funcionamento do sistema, é necessário que cada titular desempenhe as funções típica e atípica corretamente, de forma a conservar o seu sentido social, levando-se em conta a conjuntura político-social existente em cada época.

Conforme leciona Zaffaroni²⁰, citando os ensinamentos de Otto Bachof, “não existe qualquer esquema patenteado de separação de poderes que possa funcionar em todas as épocas e sob as mais diversas circunstâncias sociais.”. Isto é, o princípio da separação de poderes deve ser (re)analisado segundo as exigências e estrutura de cada Estado em que é empregado.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 331.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tradução Juarez Tavares. *Poder judiciário*: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 83-87.

Atualmente, não se mostra possível a interpretação e aplicação direta da teoria de Montesquieu em seu sentido clássico, uma vez que não representa medida suficiente para garantir, de forma efetiva e satisfatória, os direitos resguardados constitucionalmente, mormente no que se refere à necessidade de uma conduta ativa dos poderes Legislativo e Executivo.

Por isso, é necessário fazer uma releitura do supracitado sistema à luz do Estado Democrático de Direito e da crise institucional vivenciada no Brasil.

É nesse contexto que se defende a legitimidade da judicialização da política, ou seja, a necessidade de que as questões que representam larga repercussão política ou social sejam decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não somente pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o poder Executivo²¹.

À conduta ativa do Poder Judiciário no sentido de interferir em funções que seriam típicas e independentes de outros poderes dá-se o nome de ativismo judicial. Assim, há uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos direitos e valores constitucionais, com um certo grau de interferência nos demais poderes.

Embora haja questionamentos quanto à legitimidade do ativismo judicial, é possível elencar, além dos motivos expostos, alguns fundamentos para sua aplicação.

O primeiro fundamento decorre da já citada releitura da repartição dos poderes. Para aqueles que não se compatibilizam com a ideia de uma reanálise da teoria clássica, também é possível defender que não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade de controles recíprocos e que não reconheça que os órgãos possam, no exercício de suas funções próprias, assumir funções de outra natureza²², sendo que o verdadeiro e principal sentido de repartição de funções criada por ele é a necessidade de evitar a concentração do poder político.

Nesse ínterim, cabe destacar que a própria Carta Magna, em seu artigo 102²³, prevê que será o poder Judiciário o guardião da Constituição, conferindo-lhe, inclusive, a função de realizar o controle constitucional das leis, o que, por si só, já demonstra a interferência na atividade dos demais poderes.

Ademais, tendo em vista que os magistrados se atêm, em suas decisões, à aplicação da Constituição e das leis, atuando como representantes indiretos da vontade popular, não há riscos à legitimidade democrática.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *RDE. Revista de Direito do Estado*, v.13, 2009, p. 03.

²² ZAFARONNI, op. cit., ps 82-83.

²³ BRASIL, op. cit., nota 15.

Nos termos dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso²⁴, também é possível citar outros dois fundamentos legitimadores da conduta ativa do Judiciário: um fundamento normativo e um fundamento filosófico.

O fundamento normativo consiste na atribuição expressa, pela Carta Política, desse poder ao Judiciário, em especial ao STF. O fundamento filosófico, por sua vez, baseia-se na ideia de que o papel da Constituição é proteger os valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade de maioria, representada pelos poderes Legislativo e Executivo – sistema representativo – e, sendo o STF o intérprete final da Constituição, tem como função primordial velar pelos direitos fundamentais e pela obediência às regras do jogo democrático²⁵.

Por fim, pode-se afirmar que a conduta ativa do poder Judiciário é legítima e não fere o Estado Democrático de Direito, mas, ao contrário, tem sido seu instrumento mantenedor, uma vez que exerce papel primordial na garantia dos direitos humanos e das normas fundamentais, bem como na aplicação dos direitos escolhidos pela própria sociedade, tornando-a mais justa e solidária, tal como prevê a Constituição Federal²⁶.

3. O ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO JURÍDICO EFICIENTE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A prática do ativismo judicial é uma realidade inquestionável no cenário político-jurídico contemporâneo brasileiro, sendo certo que essa atuação tem se expandido progressivamente desde os últimos anos do século XX e, mais destacadamente, no século XXI²⁷.

Não são raras as decisões, tanto em 1ª e 2º instâncias judiciais, quanto nas Cortes Superiores, no sentido de se determinar um *facere* ou *non facere* estatal com o objetivo de concretizar um direito fundamental previsto na Constituição.

²⁴ Ibidem, p. 05.

²⁵ BARROSO, op. cit., p. 12.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 341.

Vê-se claramente um protagonismo do poder judiciário no âmbito de solução das questões de mais alta carga moral e política do Estado, representando uma peça fundamental no sistema de governo, como autêntico poder político²⁸.

Segundo o mestre em direito público Carlos Alexandre Azevedo Campos²⁹, a ascensão do ativismo judicial requer uma avaliação multifacetada de contextos particulares e momentos históricos distintos, considerando fatores exógenos e endógenos, de natureza institucional, cultural, política, social e jurídica.

Para fins do presente estudo, destacam-se os fatores umbilicalmente ligados à debilidade democrática vivenciada pelo país, quais sejam, os de natureza política e institucional, primordialmente.

A crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade dos Poderes Legislativo e Executivo no Brasil gerou a expansão do Poder Judiciário³⁰, com atuação direcionada a suprir o déficit na realização de políticas públicas fundamentais e na materialização dos ideais democráticos.

Isso porque, frente à alegada crise, os preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais, em sua grande maioria, não tem aplicabilidade prática, pois necessitam da atuação estatal para tanto. Diante da omissão legislativa e executiva, os cidadãos são destituídos de seus direitos básicos e até mesmo daqueles que compõem o mínimo existencial³¹, representando expressiva violação aos direitos fundamentais democraticamente resguardados pela Constituição Federal.

Vê-se que não basta a positivação dos direitos na Carta Política, mas de mecanismos eficientes para que sejam materializados segundo os fins constitucionais. Em um sistema político ideal, tal tarefa incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas funções. No entanto, na ausência de conduta destes, torna-se imperiosa a atuação judicial para fazer valer a Constituição.

Nesse contexto, a dimensão do ativismo judicial revela-se instrumento eficiente para exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos, quando da verificação de um quadro de

²⁸ Ibidem, p. 348.

²⁹ Ibidem, p. 348-349.

³⁰ BARROSO, op. cit., p. 09.

³¹ Segundo o STF, a noção de mínimo existencial compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem à assegurar à pessoa acesso efetivo ao direito geral de liberdade e também a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras de plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, proteção integral da criança e do adolescente, direito à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação e o direito à segurança.

proteção deficiente capaz de colocar em risco os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos³².

Importantes decisões nesse sentido já foram exaradas pelo Poder Judiciário brasileiro, mormente pelo Supremo Tribunal Federal, com interferência direta em ações estatais, para assegurar a validade concreta de direitos, bem como a formulação e execução de políticas públicas.

Conforme pontuado por Zulmar Fachin³³, o Poder Judiciário vem se tornando, em boa medida, o garante da efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os juízes têm decidido sobre inúmeras questões, tais como o fornecimento de remédios à pessoa portadora de enfermidades, o direito de acesso de criança à sala de aula; o direito de o deficiente ter acesso a prédios públicos, direito de greve, dentre outros.

As decisões supracitadas deixam claro o protagonismo institucional do Poder Judiciário nos dias atuais, cuja atuação tem se tornado pressuposto indispensável à eficácia das normas constitucionais garantidoras de direitos. Isto é, o judiciário representa peça central e fundamental no sistema político atual para conferir efetividade aos direitos fundamentais, de modo a permitir o acesso dos cidadãos às garantias que necessitam de concretização estatal.

É preciso frisar, no entanto, que a prática do ativismo judicial deve ser vista com ressalvas, não obstante se mostrar como eficaz instrumento na realização dos fins constitucionais.

Conforme ensina Barroso³⁴, as decisões ativistas devem ser eventuais e em um determinado momento histórico. Ainda, deve haver avaliação criteriosa pelo poder judiciário em relação à própria capacidade institucional para decidir sobre determinada questão, evitando-se, assim, intervenções desnecessárias e extravagantes.

Segundo o ministro, “a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes³⁵”.

³² CAMPOS, op. cit., p. 358.

³³ FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. Curitiba: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*. Publicação trimestral, Ano I, n. 1, 2009, p. 215.

³⁴ BARROSO, op. cit., p. 19.

³⁵ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência do fenômeno da constitucionalização simbólica no ordenamento jurídico pátrio contemporâneo, cujos efeitos negativos podem ser abrandados com a prática do ativismo judicial, o qual se mostra eficaz e legítimo diante do atual cenário brasileiro.

Viu-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram estabelecidos diversos direitos fundamentais que, em sua grande maioria, dependem da atuação estatal, mormente dos Poderes Legislativo e Executivo, para serem materializados.

No entanto, o que se percebe é que, atualmente, há uma grave crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade dos Poderes, os quais permanecem omissos diante dos anseios da Constituição, atribuindo uma baixa carga valorativa aos seus preceitos. Nesse sentido, pode-se dizer que o quadro jurídico-político brasileiro é de verdadeira ocorrência do fenômeno da constitucionalização simbólica, tal como desenvolvida pelo jurista Marcelo Neves, uma vez que a Carta Política apresenta discrepância entre seu texto e a realidade social, pela eficácia meramente simbólica de suas normas.

Essa representação ilusória não só mascara os problemas da sociedade, como também possui como consequência negativa a obstrução da concretização dos direitos de mais alta relevância jurídica, ponto central do presente trabalho.

Diante da percepção de que o Estado não tem se mostrado capaz de concretizar de forma generalizada os direitos resguardados pela Constituição, cresceu no Brasil a prática do ativismo judicial, que se apresenta por meio da interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, para a implementação de políticas públicas e materialização dos direitos no caso concreto.

Não obstante as acaloradas críticas, o aludido fenômeno tem se demonstrado de suma importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito e para efetivação dos fins constitucionais. Isso porque, diante da omissão legislativa e executiva, os cidadãos são destituídos de seus direitos básicos e até mesmo daqueles que compõem o mínimo existencial, representando expressiva violação aos direitos fundamentais democraticamente resguardados pela Constituição Federal. Assim, torna-se imperiosa a atuação judicial para fazer valer a Constituição.

Nesse contexto, o Judiciário vem se tornando o verdadeiro garante dos direitos fundamentais, o que pode ser visualizado por diversas decisões já exaradas, tais como aquelas sobre o fornecimento obrigatório de medicamentos pelo Estado, o direito de acesso da criança

às escolas, os direitos de acesso dos portadores de deficiência aos prédios públicos, dentre outras.

É salutar a importância que o papel Judiciário tem desempenhado ao exarar decisões potencializadoras da efetividade dos direitos fundamentais, representando uma peça fundamental no quadro político-jurídico do país.

Ademais, viu-se que, até que haja uma reforma política, o ativismo judicial se mostra como o instrumento mais apto e eficaz à neutralização da crise política vivenciada atualmente, a qual fere diretamente os ditames constitucionais.

No tocante à legitimidade dessa conduta ativa, conquanto haja teses em sentido contrário, pode-se extraí-la da própria Carta Política, que reservou ao Poder Judiciário a função de guardião da Constituição. Tendo em vista que os magistrados se atêm, em suas decisões, à aplicação da Constituição e das leis, atuando como representantes indiretos da vontade popular, também não há que se falar em riscos à legitimidade democrática.

Ademais, não merece prosperar a tese de que o ativismo judicial viola a tripartição de poderes, uma vez que ele representa parte do seu conteúdo. Isto é, por meio da interferência nos demais poderes, é possível verificar o mecanismo que se denomina freios e contrapesos entre os poderes do Estado.

Outrossim, mostra-se extremamente necessário fazer uma releitura da ótica tradicional do sistema de freios e contrapesos desenvolvida por Montesquieu, para adaptá-la à sociedade contemporânea, considerando a crise institucional que vigora.

Portanto, diante de todos os argumentos expostos, é possível concluir que a prática do ativismo judicial é uma realidade nos tribunais nacional o qual tem se mostrado de extrema relevância para o ordenamento pátrio brasileiro, representante instrumento eficaz e legítimo à concretização dos direitos fundamentais resguardados constitucionalmente.

Por fim, é preciso ressaltar que, como se trata de sensível interferência nas funções dos demais poderes, deverá ser praticado com cautela, com respeito às suas limitações naturais e com vistas a legitimar as decisões perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *RDE. Revista de Direito do Estado*, v.13, 2009.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O STF e sua função majoritária e representativa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 set. 2017.

BRYDE apud NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Brasília, ano 33, n. 132, p. 321, out./dez. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. Curitiba: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*. Publicação trimestral, Ano I, n. 1, 2009, p. 205-220. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf> Acesso em: 02 fev. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Fernando A. *Constitucionalização simbólica ou constitucionalidade - simulacro?: exclusão, periferação e soberania popular no direito constitucional brasileiro*. São Paulo, Artigo periódico de Direito Público, v. 5, n. 22, jul./ago. 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Brasília, ano 33, n. 132, p. 321, out./dez. 1996.

_____. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, ps. 265-267.

PINTO, Taís Caroline; ZANATA, Mariana Lobo. *Ativismo Judicial: uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais*. 2010. 21 f. Trabalho monográfico (Pós-graduação em Direito). Paraná, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tradução Juarez Tavares. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.