O ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA – PRESSUPOSTOS DE LEGITIMIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO: uma análise crítica à luz do Neoconstitucionalismo e do novo papel do Poder Judiciário no século XXI.

Everton Pereira Alves Ferreira
9º período do Curso de Direito – Noturno
IPTAN

RESUMO

As constantes, profundas e intensas transformações que a sociedade tem experimentado clamam por respostas mais céleres do Estado, principalmente no que tange a adequação das normas à nova realidade social. Ocorre que no mesmo instante que o Legislativo tem se mostrado retraído e divorciado da sociedade, o Judiciário (em especial as Cortes Constitucionais), em decorrência de profundas mudanças trazidas pelo Neoconstitucionalismo, deixou a velha concepção de juiz como mero aplicador da lei e passou assumir uma ação proativa e criativa do direito. Esse novo papel do Judiciário tem despertado o interesse dos estudiosos. Críticas têm sido levantadas em relação ao tema. Apresentam-se como principais críticas: (1) ao decidir contramajoritariamente, o Judiciário tem ofendido o princípio democrático, e (2) o ativismo judicial desrespeita o princípio da separação dos poderes, e portanto, é inconstitucional. Este artigo demonstra a legitimidade e os limites do ativismo judicial, sob a ótica do Neoconstitucionalismo e o novo papel imposto ao Estado-Juiz, fazendo uma análise crítica do tema através de uma pesquisa bibliográfica e documental, bem como apresenta uma refutação às críticas levantadas.

PALAVRAS- CHAVES: Ativismo judicial; Democracia, Neoconstitucionalismo; Separação dos poderes; Dignidade da Pessoa Humana.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes mundo era pequeno, porque terra era grande. Hoje mundo é muito grande porque terra é pequena do tamanho da antena parabólicamará. Eh, volta do mundo camará. Eh... o mundo dá volta camará.

(Gilberto Gil)

Os versos da canção do compositor baiano nos remetem às grandes transformações que o mundo experimentou no último século e a conseqüente mudança na visão

a qual o homem passou a ter sobre si mesmo e do mundo em que se encontra inserido. O que antes era pequeno, tornou-se grande; o que era grande se tornou pequeno. Deveras, o mundo dá voltas.

É fato que a humanidade, no último século, experimentou profundas transformações, políticas, econômicas, geográficas e sociais. Inovações tecnológicas trouxeram novas formas de se comunicar, aproximando pessoas, nações e culturas diferentes, proporcionando novas experiências e modos de ver, compreender, sentir e interagir com os diversos “mundos” descobertos.

Eis que a sociedade se transformou (e continua a se transformar) em uma massa multifacetada, dinâmica e plural, que requer respostas imediatas para questões cada vez mais complexas, exigindo uma nova reflexão sobre a vida, as relações humanas e o direito.

Fazendo uma rápida digressão à Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale (2003, p.72), destaca-se que “é da integração entre fatos e valor que surge a norma”, há que se ter em mente que o direito nasce no seio da sociedade. O direito, da sociedade se origina e para ela mesmo se destina. Nesse sentido, há que se dizer que o direito possui um “substractum sociológico no qual se concretizam os valores de uma cultura e, ao mesmo tempo, é norma que surge da necessidade de segurança na atualização desses valores” (REALE, 2003, p. 70 e 71).

Portanto, é axiomático que: (1) se o direito nasce no seio da sociedade e (2) a sociedade como organismo vivo e dinâmico, experimenta constantes e profundas mudanças, logo é de vital importância a adequação da norma à realidade atual de uma sociedade.

Nesse diapasão, depreende-se nos escritos de Konrad Hesse que a durabilidade de uma Constituição se baseia na fina sintonia entre sua capacidade de abertura ao tempo (adaptabilidade a novas conjunturas) com sua estabilidade jurídica. Assim, afirma o jurista alemão:

[...] constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, **incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo.**

[...]

Indispensável que a Constituição se mostre em condições de se adaptar a uma eventual mudança dessas condicionantes. (HESSE, 1991, p. 8, grifo nosso)

Curiosamente, no momento em que a sociedade passou a exigir maior prestação estatal, os poderes políticos (legislativo e executivo) se mostraram ineficientes não somente na produção legislativa como, também, na prestação dos serviços.

É inegável que se vive uma crise de representatividade. Repisa-se, há uma crise conjuntural na democracia representativa, caracterizado por um sistema inoperante e corrupto,

resultando no divórcio entre sociedade e a classe política. Há um clima generalizado de insatisfação e desconfiança, fato facilmente detectado nas redes sociais e nas ruas.

Em meio à crise da democracia representativa, o Judiciário tem assumido uma postura proativa, de “criatividade jurisdicional”¹, denominada de ativismo judicial. Esse fenômeno tem sido objeto de intensos e calorosos debates, não somente no Brasil, como também em diversos países do mundo.

Diante da constatação do fenômeno do ativismo judicial e sua proliferação, alegam os críticos que o Judiciário tem agido contramajoritariamente, invadindo a competência do Poder Legislativo, e, portanto, não somente ferindo o princípio da Separação dos Poderes como também pondo em risco o princípio democrático. Afinal, se “todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”², onde estaria a legitimidade do Judiciário para atuar de forma ativista? A vontade de 11 Ministros não eleitos deve se sobrepôr a de 513 Deputados Federais e 81 Senadores da República, democraticamente eleitos?

Diante de tão fortes críticas, há que se buscar princípios legitimadores da atuação criativa do Judiciário, em específico o da Suprema Corte, sob o risco de se estar vivendo (ainda que de forma despercebida) em um modelo antidemocrático de direito.

Contudo, não basta a demonstração dos princípios legitimadores para o atuar proativo do Judiciário. É necessário que se aponte os limites para essa atuação, pois como bem assevera Lênio Streck (2015, p.80):

A partir do “encurtamento” do espaço de manobra e conformação do legislador (vontade geral) e do conseqüente aumento da proteção contra maiorias (eventuais ou não) – cerne do contramajoritarismo -, parece evidente que, para a preservação do nível de autonomia conquistado pelo direito, é **absolutamente necessário implementar mecanismos de controle** daquilo que é repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: **as decisões judiciais** (grifo nosso)

Diante do exposto, o presente artigo, na esperança de lançar luz sobre o tema, objetiva demonstrar quais são os pressupostos legitimadores e os limites do ativismo judicial sob a ótica do novo papel destinado ao Judiciário trazido pela neoconstitucionalismo. Para tal, far-se-á uma análise crítica do desenvolvimento sócio-jurídico no século XX no Brasil e no

¹ Termo utilizado por Mauro Cappelletti para se referir à produção do direito por obra dos juízes. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 13

²Art. 1º, parágrafo único, CF/88

mundo (especificamente na Europa Ocidental). A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica (livros e artigos pertinentes ao tema) e documental (jurisprudências da Suprema Corte Brasileira).

2. DO CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL E A CONSTATAÇÃO DE SUA PRESENÇA NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA.

Definir o conceito de ativismo judicial, que será utilizado nesse estudo, é tarefa de suma importância, pois permitirá detectar seu DNA. Uma vez determinadas suas características básicas, é que se poderá, com segurança, verificar se a Suprema Corte Brasileira tem tomado suas decisões de forma ativista ou não.

Posteriormente, essas características serão analisadas no “microscópio” do Neoconstitucionalismo para que se possa chegar a uma resposta para a questão proposta na introdução desse artigo, a saber: Quais os pressupostos de legitimidade e quais os limites para o ativismo judicial?

2.1. Definição de Ativismo Judicial

De forma cristalina, leciona Ciro di Benatti Galvão, que o ativismo judicial é um comportamento proativo do Judiciário “mediante um procedimento interpretativo-constitucional, com a justificativa de suprir ou corrigir deficiências ou insuficiências posturais das demais funções estatais (legislativa e administrativa).” (GALVÃO, 2015, p.90).

Nesse mesmo sentido, Luis Roberto Barroso (2009, p.2) sustenta que o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, e acrescenta: “Normalmente ele **se instala em situações de retração do Poder Legislativo**, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (Idem, grifo nosso).

Aqui, há que se chamar a atenção do leitor para o que vem a ser essa retração do Legislativo, citada por Barroso. A retração, não significa que o Poder Legislativo perdeu espaço em sua função precípua de legislar. Ao contrário, houve um agigantamento de sua função legiferante desde o surgimento do Estado Social, nas primeiras décadas do século XX, em que a população passou a exigir, não mais um posicionamento absenteísta do Estado, mas uma postura ativa para diminuir as desigualdades sociais.

Portanto, a retração do Legislativo está relacionada à sua incapacidade de oferecer respostas às demandas normativas da sociedade. Em outras palavras, “o ativismo

judicial representa, em última instância, a **deslegitimação da política em relação à tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade** no cotidiano dessa mesma sociedade” (KOERNER, 2013, p.38, grifo nosso).

Retornando às definições acima, podemos estabelecer as características basilares do ativismo judicial, a saber: (1) trata-se de uma ação proativa, ou seja, a tomada de iniciativa em contraposição ao formalismo jurídico que via o juiz como mera boca da lei; e (2) é um procedimento de interpretação criativa da Constituição que amplia o seu sentido e explora suas potencialidades, visando a garantir sua máxima efetividade.

2.2. O Ativismo Judicial na Suprema Corte Brasileira

É notável que, em decorrência da já citada retração do Legislativo aliada a uma crescente crise de representatividade que impossibilita o enfrentamento dos grandes temas da política nacional e da sociedade, a Suprema Corte Brasileira, notadamente, nas últimas duas décadas, tem assumido uma postura ativista, o que é facilmente comprovado ao se analisar a jurisprudência da Egrégia Corte. Dentre os diversos exemplos, pode-se citar:

- Fidelidade Partidária.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião dos julgamentos dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, no ano de 2007, reconheceu o instituto da Fidelidade Partidária ao decidir que as vagas obtidas pelo sistema proporcional pertencem ao partido e não ao candidato eleito. Numa clara mudança em seu entendimento jurisprudencial, a Suprema Corte se utilizou de uma interpretação criativa e extensiva do direito, fazendo surgir, assim, uma nova hipótese para a perda de mandato eletivo, ao lado das já elencadas no art. 55 da Constituição da República.

- Aborto dos Anencéfalos

Em mais um case paradigmático, a Suprema Corte decidiu, ao julgar a ADPF 54, pela inconstitucionalidade da tipificação criminal nos casos de interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Notadamente para se chegar a essa decisão, resta claro na ementa abaixo transcrita, que o caso em concreto foi analisado à luz dos direitos fundamentais e princípios constitucionais de textura aberta, tais como a dignidade da pessoa humana, do direito à vida e da autodeterminação. *In verbis*:

ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - MULHER - LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME - INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

(STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013).

- Reconhecimento da União Homoafetiva

Por último, e não menos importante, citamos como exemplo claro de atuação ativista da Suprema Corte Brasileira, o julgamento da ADPF nº 132 e a ADI nº 4.277, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, que concedeu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição de 1988, excluindo qualquer sentido que impedisse o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Indubitavelmente, nesse caso, O STF buscou respaldar sua decisão agasalhado em vários princípios constitucionais, tais como: a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF/88), da Isonomia (art. 5º, *caput*), bem como da proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88).

Abaixo, transcreve-se um trecho da ementa.

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir - interpretação conforme à Constituição- ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

(STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

Portanto, uma vez definido o conceito de ativismo judicial, que será utilizado para fins do presente estudo, e, ainda que de forma sucinta, comprovado que as decisões de caráter ativista são uma realidade na Suprema Corte Brasileira, há que se demonstrar as bases teóricas que legitimam a atuação ativista-criativa do Judiciário.

Assim, consoante já exposto, analisar-se-á as duas características básicas do ativismo judicial à luz das mudanças de paradigmas trazidas pelo Neoconstitucionalismo. Em outras palavras, o que será apresentado daqui em diante é uma análise da base jurídica-constitucional para uma atuação: (1) proativa em contraposição ao formalismo tradicional e (2) interpretativa-constitucional expansiva.

Contudo, será proveitoso para esse estudo, uma rápida análise do atuar judicial sob a influência do Constitucionalismo Moderno em contraposição ao papel do juiz exercido nos dias atuais.

Ademais, conforme lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2014, p. 48), “A compreensão da Constituição como técnica de proteção das liberdades é atributo do constitucionalismo moderno, que importa conhecer para que se possa discernir o próprio momento atual, a que muitos denominam *Neoconstitucionalismo*”.

3. O PAPEL DO JUIZ NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Conforme Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2014, p. 43) “a ideia de Constituição como a vemos hoje, tem origem mais próxima no tempo e é tributária de postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesa e Americana do século XVIII”. Nessa esteira, Barroso (2009, p. 4,5) informa que: “O termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano”.

Salienta-se que não se está a ignorar a existência de outros importantes movimentos constitucionais, como o inglês, consolidado no século XVII com a Revolução Gloriosa e a “afirmação da supremacia do Parlamento, após um longo processo de sedimentação que teve início no século XIII, com a Magna Carta”. (FERNANDES, 2012, p. 30).

Portanto, repisa-se que a análise que cabe nesse momento é a respeito do papel do Judiciário, especificamente quanto às características do ativismo judicial já verificadas e

demonstradas nesse artigo, nas Constituições Liberais do século XVIII, particularmente, sob a ótica das experiências constitucionais da França e dos Estados Unidos.

Não se pode olvidar que tanto a constituição norte-americana (1787) quanto a francesa (1791) foram cunhadas em ideais iluministas e em um cenário de rompimento em relação aos regimes absolutistas predominantes até então.

Ao se entender a causa que originou as revoluções liberais do século XVIII (contraposição ao absolutismo), torna-se fácil entender os dois pilares fundamentais sobre os quais se sustentaram as Constituições Liberais, a saber: (1) o respeito às liberdades e garantias individuais por meio da instituição de um Estado de Direito, em que todos, inclusive o próprio Estado viveria sob o império da Lei; e (2) a limitação do poder Estatal via organização e estruturação do Estado por meio do desenvolvimento da teoria da separação dos poderes com a finalidade de coibir a concentração de poder nas mãos de uma só pessoa, possibilitando sua interferência na esfera das relações privadas.

Naquele cenário, indubitavelmente, houve a supervalorização do Poder Legislativo, como bem explica Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2014, p. 53) “Assentou-se, em harmonia com a ideia de lei como expressão da vontade geral, a compreensão de que essa **vontade se dá a conhecer por meio do corpo legislativo do Estado**, lugar de representação da totalidade da cidadania” (grifo nosso)

Por outro lado, o Estado de Direito, baseado no império da Lei, relegou ao Judiciário um papel secundário, de aplicação mecânica da lei. Nessa esteira, ensinam (GARAU; MULATINHO; REIS, 2015, p. 194):

[...] os julgadores tinham no Legislativo uma autoridade máxima, que não merecia ser contestada. Isso porque ao legislador compete à valoração da ideia de justiça, devendo a interpretação estar pautadas na busca pelo entendimento da vontade do próprio legislador

Assim sendo, o Judiciário era encarado como “**órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei**, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, e a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável — a decisão judicial” (MENDES; BRANCO. 2014. p. 53, grifo nosso).

Não é despidendo ressaltar o grande destaque que o positivismo alcançou naquele tempo. O clamor da crescente burguesia, era o da garantia das liberdades individuais em face do arbítrio do Estado. Em outras palavras, buscava-se a segurança jurídica.

Nesse diapasão, era mister a estabilização e sistematização da elaboração de normas pelo Estado. O direito escrito (positivado) começa a ganhar cada vez mais espaço frente ao direito consuetudinário, tornando-se a lei como a única fonte de direito. Nesse sentido, “o

positivismo defende a completude do ordenamento jurídico, de modo que este seria suficiente para que os juízes decidissem o caso concreto”. (GARAU; MULATINHO; REIS, 2015, p. 196)

Por conseguinte, o papel destinado ao Juiz sob a ótica do Constitucionalismo Moderno, era o de mero aplicador da lei (única fonte válida do direito). O juiz apenas poderia agir quando provocado e nos limites dessa provocação. Pouca margem era conferida ao Juiz para uma interpretação expansiva. Sua ação se resumia na simples subsunção dos fatos à norma positivada.

Por outro lado, não se pode olvidar que a experiência americana difere da francesa no que tange à hegemonia do Parlamento. Assim, enquanto na França, o monarca era visto como a ameaça às garantias e liberdades individuais, nos Estados Unidos, o Parlamento que era visto com desconfiança pelos cidadãos americanos, recém-libertos da tirania e domínio da monarquia parlamentar inglesa.

Conforme lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2014, p. 55)

A desconfiança para com o parlamento pode ser retrçada aos fatores desencadeadores da independência norte-americana. Leis britânicas das vésperas da independência, em especial no que tange à taxação, provocaram a indignação dos colonos, que as viram como resultado de um parlamento corrompido, que se arrogara poder ilimitado. O Parlamento britânico se assomou aos colonos como força hostil à liberdade. **A nova nação deveria precatar-se contra a legislatura propensa às medidas tirânicas. Haveria de se construir um governo limitado.** (grifo nosso)

Outra preocupação que permeou o constitucionalismo americano foi a “proteção das minorias em face de um eventual abuso democrático” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 55).

Todo esse cenário acarretou na concepção de uma Constituição de valor supremo e com força normativa suficiente à qual todos os poderes deveriam se submeter. Nesse ínterim, importa destacar que a concepção da Constituição como norma superior implicou uma nova função ao Judiciário, a saber: o controle de constitucionalidade das leis. Assim, de forma lapidar, lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2014, p. 56)

A concepção da Constituição como norma jurídica suprema criou as condições necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis. **Somente há supremacia da Constituição quando se extraem consequências concretas para as normas com pretensão de validade opostas à Carta – isto é, quando se pode expulsar do ordenamento jurídico a norma editada em contradição com a Lei Maior.** O controle jurisdicional de constitucionalidade foi o instrumento adotado para sancionar uma plena e efetiva supremacia da Constituição. (grifo nosso).

Portanto, não somente “a ideia de que o Parlamento pode exorbitar os limites de suas atribuições” (NOVELINO, 2016, p. 47), como também a concepção da Constituição como norma jurídica de hierarquia superior foram cruciais para o surgimento da *Judicial Review*.

Dessa forma, caberia ao Judiciário, “em razão de sua neutralidade” (NOVELINO, 2016, p. 47) e seu distanciamento, em tese, do jogo político, a análise de compatibilidade das leis, criadas pelo Legislativo, em relação à Constituição (Lei maior).

Em síntese, pode-se afirmar que:

A história do direito Constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário [...]. A brevidade do texto constitucional e suas **cláusulas gerais e abertas** deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana. (BARROSO, 2009b, p.20, grifo nosso)

Destaca-se como marco jurisprudencial que assentou em definitivo a supremacia da Constituição e seu caráter normativo o famoso caso *Marbury vs Madison* (1803) em que foi decidido pela Suprema Corte Americana, pela primeira vez, um conflito entre a recém promulgada Constituição americana e uma lei, prevalecendo o texto constitucional.

4 – O NEOCONSTITUCIONALISMO E O NOVO PAPEL DO JUDICIÁRIO

4.1. O Marco Histórico do Neoconstitucionalismo na Europa e no Brasil.

Em artigo intitulado: “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, o eminente Ministro da Suprema Corte brasileira, Luís Roberto Barroso (2007) aponta como marco histórico do Neoconstitucionalismo a formação do Estado Democrático de Direito após o final da 2ª Guerra Mundial. Considera-se como o “start” do desenvolvimento do novo direito constitucional a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã – 1949) e a posterior criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, redefinindo-se dessa forma o lugar da Constituição e sua influência sobre os Poderes do Estado e a sociedade, acarretando a sua incidência irradiante sobre todos os ramos do direito, em um fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito.

É a partir desse ponto que teve início uma profunda e fértil produção doutrinária e jurisprudencial responsável pela ascensão do direito constitucional ao patamar de norma jurídica superior.

Quanto ao Brasil, o marco histórico é sem dúvida, a redemocratização nos anos oitenta, com o fim do regime militar e que culminou na promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Nota-se que a experiência brasileira não fugiu à triste origem, de ser uma resposta a

um regime de exceção e antidemocrático em que vários direitos e garantias fundamentais foram ignorados.

4.2 O declínio hegemônico do Legislativo e a Ascensão da Constituição como norma jurídica superior.

A concepção de Constituição como norma jurídica é um fato recente no mundo, com exceção da experiência constitucional americana, conforme já abordado anteriormente. Destarte, segundo Daniel Sarmiento (2006, p. 4)

[...] até meados do século XX era a de que as constituições eram proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas. As prescrições constitucionais não podiam ser aplicadas diretamente pelos juízes, nem geravam direitos subjetivos para os cidadãos. Só as leis editadas pelos parlamentos obrigavam e vinculavam; não as solenes e abstratas determinações constitucionais.

Importa destacar que, já no início do século XX, o Estado liberal entrava em declínio em decorrência de grave desigualdade social provocada com o distanciamento do Estado³. Entrava em cena, portanto, o Estado social (Wellfare State) que buscava trilhar o caminho inverso, de um Estado absentéista, passou-se a um Estado intervencionista, o que acarretou uma inflação legislativa.

Assim, pontua Daniel Sarmiento (2006, p.5) que “a generalidade e abstração das normas vai sendo substituída pela concretude das chamadas leis-medida [...]. Como não poderia deixar de ser a inflação legislativa leva à desvalorização da lei”. Repisa-se: no momento de agigantamento do Estado, em que a sociedade passou a demandar maior intervenção estatal na garantia e efetivação de novos direitos é que o Legislativo se mostrou ineficiente.

O fato é que, ao longo dos anos, o Poder Legislativo se demonstrara débil, não somente por não responder a contento os crescentes anseios de uma sociedade em constante transformação, como também por não conter a escalada de abusos contra os direitos humanos e, muitas vezes, por os cancelar em muitas oportunidades⁴.

Os horrores presenciados na 2ª Guerra Mundial, como o holocausto nazista, responsável pelo extermínio de mais de 6 milhões de judeus “demonstraram que o legislador,

³ Conforme a ideologia do laissez-faire, o Estado deveria ser mínimo e não intervir na vida social, garantindo apenas a proteção da propriedade privada e a segurança do cidadão.

⁴ Durante os seis primeiros anos da ditadura hitlerista, de 1933 até o início da Guerra em 1939, os judeus sentiram os efeitos de mais de 400 decretos e regulamentações, de escopo nacional, que restringiam todos os aspectos de sua vida pública e privada. Fonte: <<https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005681>>. Acessado em 03/06/2016

mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozes barbaridades” (SARMENTO, 2006, p.5).

Com isso, passou-se a depositar na Constituição a esperança da garantia e efetivação dos direitos e liberdades individuais, bem como os direitos sociais, a dignidade da pessoa humana e, posteriormente, os direitos difusos. A Constituição deixa de ser “um documento meramente político” (BARROSO, 2007, p.5) e alcança o “status” de norma jurídica superior vinculativa e abrangente. ~

Como resultando da elevação da Constituição a um papel de centralidade, sustenta Luís Roberto Barroso que:

O direito constitucional saiu do conflito inteiramente reconfigurado, tanto quanto ao seu objeto (novas constituições foram promulgadas), quanto no tocante ao seu papel (centralidade da Constituição em lugar da lei), como, ainda, com relação aos meios e modos de interpretar e aplicar as suas normas (surgimento da nova hermenêutica constitucional). Ao lado dessas transformações dogmáticas, ocorreu igualmente notável mudança institucional, representada pela criação de tribunais constitucionais e uma progressiva ascensão do Poder Judiciário. No lugar do Estado legislativo de direito, que se consolidara no século XIX, surge o Estado constitucional de direito, com todas as suas implicações. (BARROSO, 2015, p.27,28)

E assim, a exemplo da experiência norte-americana, conforme já salientando anteriormente, a Justiça Constitucional começa a ganhar espaço. Com efeito, o reconhecimento da Constituição como norma jurídica superior acarretou no seu alargamento material. Dessa forma, as constituições deixaram de ser apenas um documento político, descritivo e organizativo do Estado, “passando a assumir uma função dirigente, ampliando consideravelmente os espaços nos quais o Poder Público passava a interferir de modo ativo na sociedade, fornecendo prestações exigidas pelas demandas sociais que clamava por justiça social”. (FERNANDES, 2012, p.81).

Nesse mesmo sentido, pontua Luís Roberto Barroso (2015, p. 28, 29) que:

Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, conseqüentemente, **juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país.** Esse fato é potencializado pela existência, entre nós, de Constituição abrangente, que cuida de ampla variedade de temas. (grifo nosso)

Interessante notar, que esse papel coube ao Judiciário, não somente pelo conhecimento técnico, mas pelo, em tese, “imparcialidade e distanciamento do jogo político” cheio de vícios. Destarte, salientam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2014, p.70)

A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição — que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento

jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem.

Também nesse sentido, o ilustre jurista italiano Mauro Cappelletti (1999, p. 18) de forma lapidar registra que:

[...] o próprio fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo [...] constituiu uma das principais causas do ulterior fenômeno da geral, e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também, do direito judiciário, ou jurisprudencial e, assim, do papel criativo dos juízes.

A essa altura fica claro que a ação proativa do Judiciário (uma das características do ativismo judicial apontadas no início desse artigo) é uma imposição das várias transformações trazidas pelo Neoconstitucionalismo. Não se trata, portanto, de um desrespeito ao princípio da Separação dos Poderes, como alguns alegam. É a própria nova formatação constitucional abrangente que impele a ação proativa do Estado-juiz.

Nesse ponto, Ciro di Benatti Galvão sintetiza todo o pensamento aqui exposto.

Relativamente ao Poder Judiciário e, portanto, ao exercício da função jurisdicional do Estado, percebe-se que a superação da fase tipicamente liberal e a inserção, ainda, no contexto social tem feito com que constatemos a necessidade enfrentada por ele em lidar com as novas e complexas questões que lhe são direcionadas.

[...]

Não se tolera, ou melhor, não se coaduna mais com um perfil do Poder Judiciário conivente com os silêncios ou omissões das demais funções estatais, geralmente rendidas por questões meramente políticas e, muitas vezes, partidárias, comprometedoras de realização de direitos fundamentais, inclusive de minorias em termos de representação política. (GALVÃO, 2015, p. 93)

Tendo sido demonstrado a legitimidade da ação proativa do Judiciário, resta agora, a demonstração da legitimidade de outra característica do ativismo jurídico: a interpretação criativa do direito.

4.3 O pós-positivismo e sua influência na interpretação criativa

O pós-positivismo é apontado por Luís Roberto Barroso (2007) como marco filosófico do Neoconstitucionalismo. Deveras, o pós-positivismo representa uma superação às duas correntes que vinham disputando a hegemonia até então, mas que se revelaram inadequadas a oferecer respostas aos anseios de uma sociedade plural.

Se por um lado, o positivismo, caracterizado pela dissociação entre direito e moral, se sucumbiu quando se verificara o quanto as leis produzidas pelo Legislativo poderiam ser perniciosas, principalmente no que diz respeito ao direito das minorias; por outro, uma volta ao jusnaturalismo não se configurava uma boa alternativa, pois conforme destaca Daniel Sarmento.

De fato, num quadro de amplo pluralismo axiológico, em que as pessoas dentro de um mesmo Estado não partilhavam mais, como outrora, da mesma religião, ideologia ou cosmovisão, não era mais viável fundamentar a ordem jurídica em algo tão incorporado e sujeito a divergências insolúveis como o direito natural. (SARMENTO, 2006, p.87)

Também sobre o surgimento do pós-positivismo, Luís Roberto Barroso (2007, p.4, 5) assevera que “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um **conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação**”, e acrescenta: “o pós-positivismo **busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto**; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”. (grifo nosso)

É exatamente nesse “ir além da legalidade estrita sem desprezar o direito posto” que reside a legitimidade da interpretação criativa. É fato que a reaproximação do Direito e a filosofia, que caracteriza o pós-positivismo, trouxe um novo olhar sobre o direito e acarretou: (1) o reconhecimento da normatividade dos princípios e sua relação para com os valores e regras; (2) o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional; e (3) o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais alicerçadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, no panorama atual, em que as normas abstratas nem sempre apresentam a solução para uma questão específica, a simples subsunção do fato à norma não tem sido capaz de responder às demandas cada vez mais complexas de uma sociedade plural e em constante transformação.

Nesse sentido, é o entendimento do prof. Ciro di Benatti Galvão (2015, p. 91):

Mas o direito não é conhecido, apenas, pelo que está posto ou positivado. Muitas vezes, a norma de decisão far-se-á mediante aplicação de dispositivos normativos, que passam a obter concretude a partir da análise do contexto que envolve o problema carecedor de solução jurídica, mediante a intervenção de intérpretes devidamente autorizados pelo próprio texto constitucional. (grifo nosso)

Corroborando com esse pensamento José Maurício de Carvalho ao asseverar que:

No momento de interpretar uma norma é necessário compreendê-la em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam. A conclusão que nos permite tal consideração é que o Direito é norma e, ao mesmo tempo, uma situação normatizada, no sentido de que a regra do Direito não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlances formais (CARVALHO, 2011, p. 186).

Portanto, já não caberá ao juiz apenas uma função de conhecimento técnico, pois “**o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito**, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.” (BARROSO, 2007, p. 9 , grifo nosso)

Não se pode olvidar que o próprio constituinte originário reconheceu a existência de direitos fundamentais não expressos e que decorrem dos princípios dos princípios constitucionais (art. 5º, §3º da CF/88). Por conseguinte, se cabe ao Judiciário a interpretação de todo o sistema constitucional, cabe a ele também revelar a existência de direitos e garantias fundamentais não expressos, numa inequívoca ação criativa do direito.

5 – REFUTAÇÃO ÀS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Conforme apontado na introdução desse artigo, as duas principais críticas ao atuar ativista do judiciário são: (1) ao decidir contramajoritariamente, o Judiciário tem ofendido o princípio democrático, e (2) o ativismo judicial desrespeita o princípio da separação dos poderes, e portanto, é inconstitucional.

Em que pese já se ter demonstrado os pressupostos legitimadores da atuação criativa do direito pelo Judiciário, resta apresentar a refutação às críticas levantadas.

5.1 As decisões contramajoritárias do Judiciário ofendem o princípio democrático?

Inicialmente, há que se combater o mito de que apenas a classe política tem a legitimidade representativa do povo. Nesse ponto, o jurista Robert Alexy ensina com a clareza que lhe é peculiar que a chave para a resolução desse dilema apresentado nesse tópico está na “distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. O princípio fundamental: "Todo o poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo.” (ALEXY, 1999, p. 66)

A diferença se encontra na forma de representação. Assim, enquanto o Legislativo representa o povo, politicamente, através do voto, o Judiciário, particularmente o Tribunal Constitucional, representa argumentativamente.

Quanto ao princípio democrático, vale a lição de Luís Roberto Barroso (2015, p. 37), segundo o qual a “democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça”, e acrescenta que “mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte.” (Idem)

Assim, quando judiciário age proativamente, fazendo uma interpretação criativa e expansiva do direito, como por exemplo, no caso do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, ainda que contramajoritariamente, não está sendo antidemocrático, pois está agindo em defesa dos direitos e garantias fundamentais de uma minoria que não logrou

êxito na representação política. Logo, coube à representação argumentativa, a defesa de seus direitos.

Por fim, conforme salienta Rober Alexy (1999, p. 66)

A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos.

5.2 O Princípio da Separação dos Poderes e sua necessária adequação aos dias atuais.

Importante observação é apresentada por Inocêncio Mártires Coelho (apud NOVELINO, 2016, p.39) na qual pondera que:

[...] a sobrevivência do princípio da separação dos poderes depende de sua adequação às mudanças impostas pela *práxis* constitucional, sendo imprescindível sua reinterpretação de forma a "adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito." Para o autor, "a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha *naturalmente* no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado *à margem da lei*.

O presente capítulo, portanto, tem o intuito de apresentar uma releitura do princípio da Separação dos Poderes, extirpando qualquer dúvida que ainda possa pairar quanto a questão se o ativismo judicial ofende ou não o princípio em comento.

Ab initio, faz-se necessário registrar a impropriedade do termo “separação dos poderes” ou “tripartição dos poderes”. Isso porque o poder é uno e indivisível. Com efeito, o que há são funções diferentes no exercício de um mesmo e único poder. Repisa-se, o poder é uno e indivisível, do qual o único titular é o povo.

O conceito exposto no parágrafo anterior é primordial para o desenvolvimento de todo o raciocínio sobre a legitimidade do ativismo judicial, pois não há função do Estado que não seja exercida em nome (em representação) do povo. Pois, como já visto no tópico anterior, não só o Executivo e o Legislativo são representantes, mas também o Judiciário é legítimo representante do povo.

É cediço que Charles de Secondat Montesquieu (1689-1755) em sua célebre obra: “L’Esprit des Lois” (Do Espírito das Leis, em 1748), sistematiza o Princípio da Separação dos Poderes. Ao reconhecer a existência das diferentes funções estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), defendeu que elas deveriam ser exercidas por pessoas/órgãos/instituições/entidades diferentes e não concentradamente nas mãos do soberano, pois entendera o filósofo francês o quanto a concentração do poder poderia ser prejudicial às liberdades e garantias individuais.

É de se notar que, sob a forte influência do positivismo jurídico, destaca-se nos escritos de Montesquieu a intrínseca relação entre a liberdade e a lei. Em tese, para o pensador francês, não era a democracia que garantiria a liberdade e sim, a estrita observância da lei. Nesses termos, defendia o filósofo francês que:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer.
[...] a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder. (MONTESQUIEU, 2000, p. 166)

Assim, com a finalidade de conter possíveis abusos no exercício do poder, pondo em risco a liberdade é que Montesquieu “vislumbrou a necessidade de interconectar as funções estatais, a fim de manter a autonomia e independência que lhes são típicas” (FERNANDES, 2012. p. 291) mas de forma controlada – preconizando assim a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*) que nas palavras do filósofo, “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166, 167).

Nesse sentido, ressalta o eminente constitucionalista, Paulo Bonavides que: “todo o prestígio que o princípio da separação dos poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no **seu emprego como garantia das liberdades individuais.**” (BONAVIDES, 2011, p. 152).

No entanto, conforme já demonstrado nesse artigo, a ideia de proteção das liberdades e garantias individuais através da lei se sucumbiu diante da constatação da fragilidade e ineficiência do, até então, hegemônico Poder Legislativo, incapaz de oferecer respostas às complexas demandas apresentadas pela sociedade e, tampouco, de oferecer proteção às minorias. Hodiernamente, é na Constituição, como norma jurídica suprema que são guardados e protegidos as liberdades, direitos e garantias fundamentais, inclusive das minorias. E é o Judiciário que tem a incumbência de guardar e garantir a máxima efetivação dos preceitos constitucionais.

Assim sendo, há que se dizer que o cerne do Princípio da Separação dos Poderes (garantia das liberdades) permanece intacto. Entretanto, é o meio apresentado por Montesquieu para a consecução desse fim que não se coaduna com a realidade dos dias atuais.

Diante disso, pode-se afirmar que ao contrário do que alegam os opositores do ativismo judicial, o princípio da Separação dos Poderes não é impeditivo do atuar proativo e criativo do Judiciário, pois tem sido, justamente, através da ação ativista do Estado-juiz que se

tem garantido e ampliado o alcance dos direitos e liberdades individuais - objetivo do princípio em comento -, em face da retração e inércia do Poder Legislativo. Desse modo:

[...]é necessário analisar a responsabilidade de proteção dos direitos fundamentais e sociais pelo Estado a fim de verificar seu modo de atuação, uma vez **que é absurdo considerar o princípio da separação de poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais**, já que esta interpretação aniquila a própria efetividade da separação dos poderes” (NUNES; COUTINHO; LAZARI, 2015 p. 211, grifo nosso).

Importante observação faz o jurista italiano Cappelletti ao asseverar que diante do gigantismo do Executivo e Legislativo (oriundo do Estado Social que aumentou drasticamente as funções e deveres do Estado), o Judiciário deverá decidir entre abraçar uma postura tradicional de limites das funções jurisdicionais, do século XIX, ou “tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.” (CAPPELLETTI, 1993, p.47)

Por fim, vale reforçar o convite feito por Freire Júnior (2005) no sentido da necessidade de se fazer uma nova leitura do princípio em foco; não baseado em uma sociedade que não mais existe, mas tendo por fundamento a nova realidade sócio-jurídica.

6 - O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PARÂMETRO BALIZADOR PARA A ATUAÇÃO ATIVISTA DO JUDICIÁRIO.

6.1 Conceito de Dignidade da Pessoa Humana para fins desse estudo

Por se tratar de um princípio-normativo que, assim como os demais princípios, tem uma textura aberta, de significado elástico, a tarefa de definir o que vem a ser a dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos vem ocupando o tempo dos pensadores do direito ao longo dos anos.

Conforme leciona Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p. 299), em Kant, tem-se um rompimento com a perspectiva cristã, dessacralizando a ideia de dignidade humana. Para o filósofo, o homem deve ser levado a sério, pois é o fim das relações humanas.

Acrescenta o constitucionalista:

Influenciados por Kant, então, a grande maioria dos teóricos do direito constitucional irão identificar a **noção de que a dignidade representa o reconhecimento da singularidade e da individualidade de uma determinada pessoa**; razão pela qual ela se mostra insubstituível e igualmente importante para a ordem jurídica. (FERNANDES, 2012, p. 296, grifo nosso)

Outro grande filósofo alemão, Hegel, abordou a questão da dignidade da pessoa humana como sendo fruto de um árduo processo de reconhecimento. Assim, em tese, a

dignidade humana é alcançada, não pela força, mas pela reciprocidade do reconhecimento do valor do outro.

Outrossim, para Ronald Dworkin, conforme descreve Bernardo G. Fernandes (2012, p. 299), o princípio da dignidade da pessoa humana visa conciliar igualdade e liberdade, reconhecendo a importância de cada projeto de vida e protegendo a autonomia individual na persecução desse projeto. Dessa forma, “podemos tentar recolocar **a dignidade da pessoa humana como condição de legitimação não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico.**” (grifo nosso)

Com efeito, diante das considerações acima, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é a consideração do valor intrínseco que cada ser humano possui e que deve ser respeitado tanto pelos seus semelhantes, como também pelo Estado, o qual deve garantir a existência e a efetivação dos direitos fundamentais visando proporcionar uma vida digna.

6.2 A dignidade da Pessoa Humana como valor-guia interpretativo constitucional.

Como já demonstrado anteriormente, há clara similitude entre a mais nova experiência constitucional vivida em países da Europa com a experimentada no Brasil, sob a perspectiva que tanto em países como Alemanha, Itália e Espanha, bem como o Brasil, o processo se deu em meio a um movimento de redemocratização e reconstrução do Estado após vivenciar um regime autoritário de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, como já exposto nesse artigo, tanto na Europa do pós-guerra, como no Brasil pós regime militar, houve necessidade de se garantir a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais bem como o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, na esteira constitucional de países como Alemanha, Portugal e Espanha, destinou um título próprio aos Princípios Fundamentais (art. 1º ao art. 4º da CF/88), situando-os, na parte inaugural do texto constitucional, entre o preâmbulo e os direitos fundamentais. Destaca-se a observação que Ingo W. Sarlet faz a respeito dessa constatação:

[...]mediante tal expediente, o constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de **outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional**, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.” (SARLET, 2006, p. 61, grifo nosso)

Nesse diapasão, há que se destacar também que a Constituição Cidadã de 1988, de forma inédita no direito pátrio, positivou a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88) e, portanto, como tal, deve nortear o intérprete. Nesse sentido, conforme Sarlet.

Importa considerar, neste contexto, que a **dignidade da pessoa humana desempenha o papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica** (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica a caracterização da dignidade como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica. (SARLET, 2015, p. 125)

Paulo Bonavides (2003, p.233) corrobora com esse pensamento ao sustentar, quanto ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser máxima pois nele se acham consubstanciados todos os ângulos da personalidade.

De fato, não há como fugir da constatação de que não há Estado Democrático de Direito sem o respeito da Dignidade da Pessoa Humana e o reconhecimento de sua emanção sobre os direitos e garantias fundamentais. Ademais, “O Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional **radicado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana**” (CASTRO, 2003, p.19, grifo nosso)

Aqui, faz-se necessária uma observação: tudo o que foi exposto até agora nesse artigo (o Neoconstitucionalismo e o surgimento do Estado Democrático-Constitucional de Direito que resulta no ideal da força normativa da Constituição; a constitucionalização do Direito e ampliação da jurisdição constitucional; bem como o novo papel do judiciário no desempenho da interpretação criativa do direito no sentido de resguardar os direitos e garantias fundamentais) só faz sentido quando se entende que o direito não é um fim em si mesmo.

Nesse sentido, mais uma vez recorremos à preciosa lição de Ingo W. Sarlet que, ao comentar a inserção do princípio da Dignidade da Pessoa Humana no rol dos fundamentos da República, afirma que o constituinte:

[...] além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o **Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.** (SARLET, 2006, p.65, grifo nosso)

Portanto, o direito é apenas o meio para o fim máximo e último que é a valorização, ou melhor, o reconhecimento e a satisfação da dignidade da pessoa humana. Na

relação meio e fim, é axiomático que o homem não nasceu para o direito e sim, o direito é que nasceu pelo (e para) o homem.

Assim sendo, cabe ao Judiciário, e particularmente ao Supremo Tribunal Federal, em sua tarefa de interpretar a Constituição visando garantir sua máxima efetividade, fazê-lo sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual como já afirmado, exerce a função de valor-guia de todo o ordenamento jurídico.

7 - CONCLUSÃO

Pode-se concluir que devido a uma sociedade cada vez mais plural e em constantes mudanças, exige-se do Poder Público respostas para questões cada vez mais complexas e diante desse cenário, o Legislativo mostrou-se ineficiente na tarefa de garantir as liberdades e direitos fundamentais e, tampouco, de garantir a proteção das minorias e seus anseios.

Com a ascensão da Constituição ao patamar de norma jurídica superior e dirigente, que vincula e emana sobre todo o ordenamento jurídico, destinou-se ao Poder Judiciário a guarda da Constituição e a promoção de sua máxima efetivação, e que diante da crise de representatividade dos anseios da sociedade, tem atuado de forma ativista para salvaguardar as liberdades, direitos e garantias fundamentais.

Ficou demonstrado que esse atuar ativista do Judiciário não se trata de usurpação de função constitucional e tampouco, violação ao princípio da Separação dos Poderes. Pelo contrário, é buscando a finalidade proposta por Montesquieu que o Judiciário deve agir, garantindo as liberdades e direitos fundamentais frente ao arbítrio do legislador.

Por derradeiro, restou demonstrado que a ação ativista do Judiciário não se confunde com arbitrariedade quando é utilizado para a proteção e ampliação das liberdades, direitos e garantias fundamentais, e que o atuar ativista deve ter como régua o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Dessa forma, ao interpretar as leis, o Judiciário deverá perquirir qual a interpretação que melhor dignifique a pessoa humana, partindo do princípio que o direito foi criado para o homem e não o homem para o direito.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, vol. 217, jul/ago/set 1999, p. 55-66.
- BARROSO, Luís Roberto. RETROSPECTIVA 2008 - JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 de junho de 2016.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 de junho de 2016
- BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18ed. São Paulo: Malheiros. 2011.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 de junho de 2016.
- CARVALHO, José Mauricio de. *Miguel Reale: ética e filosofia do direito*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2012.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 88-99

- GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 190-206
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 8
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 208-222
- REALE, Miguel. *A Teoria Tridimensional do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. Rio de Janeiro: *Revista de Direito do Estado*, n. 2, abril/junho de 2006, p. 83-118
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. et.a. (Coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2015.