

O ATIVISMO JUDICIAL FACE AS NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA: UMA PROBLEMÁTICA NA SUA EFETIVAÇÃO

JUDICIAL ACTIVISM FACES LIMITED EFFECTIVENESS RULES: A PROBLEM IN ITS EFFECTIVENESS

Lucas Medeiros de Moura Barreto Alves¹

Isaac Messias dos Santos Montenegro²

Beclaute Oliveira Oliveira Silva³

RESUMO: Discute a aplicabilidade das normas de eficácia limitada, partindo da classificação de José Afonso da Silva, face o ativismo judicial. Reconhece-se a força normativa e o caráter hierárquico da Constituição Federal de 1988 que, assim, ensejam uma pretensão de eficácia ligada à faculdade legiferante e, por isso, questiona-se até que ponto a competência da atuação jurisdicional na aplicação das normas fundamentais é legítima.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia limitada. Ativismo judicial. Faculdade legislativa.

ABSTRACT: It discusses the applicability of the norms of limited effectiveness, starting from the classification of José Afonso da Silva, in the face of judicial activism. The normative force and the hierarchical character of the Federal Constitution of 1988 are recognized, which, in this way, give rise to a claim of effectiveness linked to the legificant faculty and, therefore, the extent to

¹ Acadêmico do 5.º Período do curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Membro do grupo de extensão AJIR - Assessoria Jurídica Itinerante Universitária.

² Tem experiência na área de Direito, graduando do 5.º período do curso de Direito pela Universidade Federal de Alagoas, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, Direito Penal, Criminologia, Teoria da Constituição, Direitos Humanos Fundamentais e áreas afins.

³ Doutor em Teoria do Geral do Direito e Decisão Jurídica pela UFPE. Mestre em Direito Processual pela UFAL. Especialista em Direito Processual pela UFAL e Graduado em Direito pela UFAL. Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) – Graduação e Mestrado (FDA/UFAL). Professor Titular III do Curso de Direito do CESMAC. Professor Titular do Curso de Direito da UNIT.

which the competence of the jurisdictional action in the application of the fundamental norms is legitimate.

KEYWORDS: Limited efficacy. Judicial activism. Legislative faculty.

INTRODUÇÃO

Em função da centralização da Constituição Federal de 1988 no ordenamento jurídico brasileiro, a qual busca a rigor assegurar a defesa e o exercício dos direitos fundamentais, cumpre registrar a sua força normativa e o seu poder hierárquico diante das normas infraconstitucionais. José Afonso da Silva, autor que reconhece nas normas constitucionais três tipos de eficácia e diferentes formas de aplicabilidade, no que tange à eficácia limitada, estipula um interesse do constituinte em obter, a nível infraconstitucional, uma melhor adequação dessas normas por meio da atividade legiferante.

Não obstante definido o âmbito de limitação eficaz de uma norma constitucional à esfera da aplicabilidade, por meio de uma interpretação histórico-teleológica, urge perceber que em face de uma dinâmica social de múltiplas violações de direitos fundamentais, *in casu* pelo Poder Legislativo e Executivo, resta ao Poder Judiciário efetivar tais garantias consideradas fundamentais. Aparentemente, tal modelo demonstra ser um caminho natural diante de um Estado Intervencionista, porém o que se observa da realidade jurisprudencial é um exercício discricionário dessa função. Assim, o ativismo judicial face às normas de eficácia limitada vem a ser um risco à intenção – às vezes expressa, às vezes implícita – do legislador constituinte em exigir uma devida atividade legiferante e, estruturalmente, vem a ser um afronte à integridade do ordenamento enquanto sistema jurídico, dotado de unidade e efetividade em suas normas.

1 FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição é hoje o vetor normativo de toda ordem jurídica. Eleita como centro material e formal do ordenamento, ela regula a produção de normas em regime inferior (infraconstitucional) e dirige condutas intersubjetivas institucionais e sociais. . Partindo de uma colocação da Constituição dentro de uma visão que inicialmente desconsiderava seu caráter normativo, traçaremos o panorama de efetiva determinação de sua normatividade

(norma com fundamento de validade, eficácia e vigor) para, posteriormente, problematizarmos acerca de sua força. Constatado o novo *status* normativo, partiremos para uma análise específica das diferentes eficácias que a norma constitucional expressa quando aplicada, abrindo nossa presente problemática.

1.1 A NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

Deve-se ter em mente que inicialmente as constituições não exerciam seu atual protagonismo, antes eram vistas apenas como cartas políticas de cunho organizacional e programático, como um "convite à atuação dos Poderes Públicos".⁴ Essa realidade começa a alterar-se com a constitucionalização que veio a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial.⁵ A partir daí as normas da Constituição adquiriram aquilo que Ferraz Jr. denominou de "vigor", a condição de possibilidade para uma força normativa do Texto Maior: a capacidade de imperar de forma vinculante sobre o ordenamento infraconstitucional e na sociedade.

Reconheceu-se que a Constituição é dotada de certos atributos: validade, vigência, eficácia e vigor.⁶ A *validade* da norma constitucional é condicionada à observância de uma norma pressuposta, como disposição hipotética que é fundamental por ser o último fundamento de validade do sistema.⁷ Ao nascer, o Texto Constitucional passa a ser o fundamento de validade das normas postas que lhe são inferiores. A *vigência* é entendida como sendo o lapso temporal de validade entre seu nascimento, na manifestação inicial do constituinte originário na criação de um texto conforme a constituição real da sociedade,⁸

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 231.

⁵ Id. *ibid*.

⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, denominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁷ Hans Kelsen em sua *Teoria Geral das Normas* afirma: "É uma norma-"fundamento", pois acerca de sua validade não mais pode ser indagada, pois não é norma estabelecida, mas uma norma pressuposta. Não é positiva, estabelecida por um real ato de vontade, mas sim pressuposta no pensamento jurídico, quer dizer [...] uma norma fictícia. Ela representa o supremo fundamento de validade de todas as normas jurídicas que formas um ordenamento jurídico. Somente uma norma pode ser o fundamento de validade de uma outra norma. KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p. 328.

⁸ Tem-se que há um "condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social" HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 13.

até sua revogação por nova manifestação do constituinte originário. A *eficácia* é a produção concreta dos efeitos que a norma busca realizar dentro de um contexto fático. Por último, tem-se que o *vigor* constitucional é uma manifestação de sua "força vinculante" frente a todo sistema jurídico e social.⁹ Nesse diapasão, a norma constitucional é norma jurídica por ser válida, vigente e possuir eficácia na medida em que produz os seus efeitos (jurídicos e fáticos) a partir da manifestação de seu vigor.

Em Konrad Hesse,¹⁰ essa força normativa aparece como pretensão de eficácia que a Constituição tem frente à realidade concreta de uma sociedade. Esta pretensão, por sua vez, é ligada à vontade da Constituição, uma vontade normativa de efetivação. Nos dizeres do professor alemão:

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida. [...] a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade.

O entendimento de que a aplicação das normas constitucionais encontra-se inserida num contexto de possibilidades reais para efetivação nos leva a um problema referente à aplicabilidade, como condição de possibilidade para a pretensão de eficácia. Ou seja, num contexto jurídico de força normativa, a eficácia e aplicabilidade aparecem como expressão de sua imperatividade e vigor da norma jurídica.

1.2 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Um instrumento normativo possui aplicabilidade quando há uma possibilidade de efetivação de seu conteúdo, com expressão de sua eficácia, quando a norma atua concretamente.¹¹ Para José Afonso da Silva:¹²

⁹ FERRAZ, op. cit., p. 203.

¹⁰ Ibid., p. 16.

¹¹ SILVA, José Afonso Da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹² Id. *ibid.*, p. 60.

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.

A aplicação da Constituição e a eficácia de suas normas representam um contraponto às possibilidades de efetivação do texto e de escolhas políticas do constituinte. Explico. As normas constitucionais possuem diferentes eficácias de acordo com a escolha do poder constituinte originário que determina quando os dispositivos de seu produto efetivar-se-ão, a partir da aplicação. Sobre o tema há vasta produção doutrinária de classificações das eficácias e aplicabilidades da norma constitucional.¹³ Limitaremos-nos à sistematização feita por José Afonso da Silva, em razão do refinamento e apuro teórico que caracteriza seu texto.¹⁴

José Afonso da Silva em sua monografia sobre o tema dividiu as eficácias e formas de aplicação das normas constitucionais em três grandes grupos:

- a) *Normas Constitucionais de Eficácia Plena e Aplicabilidade Direta e Imediata*: é "a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta", onde "essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir" estando, pois, "completa e juridicamente dotada de plena eficácia."¹⁵ Possui eficácia plena porque "incidem diretamente sobre os interesses que o constituinte quis dar expressão normativa" e aplicabilidade

¹³ Classificação de Thomas Cooley de normas constitucionais **self-executing** e **not self-executing**; classificação de Pontes de Miranda de regras jurídicas bastantes em si, regras jurídicas não-bastantes em si e regras jurídicas programáticas; classificação de J. H. Meirelles Texeira de normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida; classificação de José Afonso da Silva em normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida; classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito em normas de aplicação e normas de integração; e classificação de Maria Helena Diniz de normas com eficácia absoluta, com eficácia plena, com eficácia relativa restringível e com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação (CUNHA JÚNIOR, 2016).

¹⁴ Compartilhamos do entendimento de Elival da Silva Ramos que, na análise da presente temática frente ao ativismo judicial, afirma ser a classificação de José Afonso da Silva a responsável pelo "aperfeiçoamento terminológico" da matriz originária de classificação que dividia, simplificada, as eficácias entre "normas exequíveis e não exequíveis por si mesmas" (RAMOS, p. 189, 2010).

¹⁵ SILVA, op. cit., 99.

imediate "porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade".¹⁶ (SILVA, 2002, pp 101-102).

- b) *Normas Constitucionais de Eficácia Contida e Aplicabilidade Direta e Imediata*: "São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público".¹⁷ Possuem aplicabilidade imediata e direta, sua eficácia está sujeita à mediação do poder legislativo, podendo ser limitada pela incidência ulterior de lei que contenha seus efeitos.¹⁸
- c) *Normas Constitucionais de Eficácia Limitada e Aplicabilidade Mediata ou Indireta*: são "aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte".¹⁹ Podem ser de princípio *institutivo*, aquelas que estabelecem "esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário o estructure em definitivo",²⁰ obrigando-o (Impositiva) ou facultando-o (Facultativa) na ulterior legislação; e de princípio *programático*, onde o constituinte buscou delimitar "princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como

¹⁶ Julgados diversos do Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecem a eficácia plena de normas da Constituição: RE 592581/RS, eficácia plena de direitos reconhecidos que possibilitam ao "Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais"; AI 596446 AgR / BA, "artigo 40, § 5.º, da CF/88, no sentido de que a pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor como se vivo estivesse, sendo o referido dispositivo norma de eficácia plena"; AI 707810 AgR / RJ, "**Eficácia plena e aplicabilidade imediata do artigo 230, § 2º, da Constituição Federal, que assegurou a gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos**".(grifo nosso) Id. *ibid.*, pp 101-102.

¹⁷ Id. *ibid.*, p. 116.

¹⁸ Exemplos relevantes sobre a constatação da eficácia contida de dispositivos constitucionais realizados pelo STF: MI 6113 AgR / DF, "O artigo 5º, inc. XIII, da Constituição da República é norma de aplicação imediata e eficácia contida que pode ser restringida pela legislação infraconstitucional"; AI 618986 AgR / SP, "ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 37, VII. PRECEITO CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. NECESSIDADE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL"; AO 584 / PE, "**EFICÁCIA CONTIDA DOS ARTIGOS 37, XI, E 39, § 4º, DA CARTA DA REPÚBLICA. PREVALÊNCIA DA REGRA GERAL QUE VEDA A VINCULAÇÃO DE VENCIMENTOS. EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA**".(grifo nosso) Id. *ibid.*

¹⁹ Id. *ibid.*, p. 118.

²⁰ Id. *ibid.*, p. 126.

programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado".²¹ São normas de eficácia limitada na medida em que dependem de legislação superveniente possibilite a produção integral de seus efeitos e sua aplicabilidade é mediata, mas não incompleta, pois é limitada na produção de consequências no plano das relações fáticas (destituída de eficácia social), expressando seus efeitos no plano jurídico sobre as normas com ela conflitantes, possuindo eficácia jurídica.²²

A partir desse esforço doutrinário temos concretamente as medidas de possibilidade de aplicação e produção de efeitos das normas constitucionais.

A concretização, ou seja, aplicação e produção de efeitos no caso concreto, dar-se-á a partir da interpretação autêntica do operador que, ao constatar a eficácia do dispositivo, dá-lo-á uma aplicação conforme suas possibilidades. É aí que está o busilis da questão. Como indicamos acima, a Constituição, segundo Konrad Hesse,²³ possui uma "pretensão de eficácia" que é determinada pelo constituinte ao condicionar a aplicabilidade como imediata, quando afirma a eficácia plena ou contida, sendo esta passível de redução de efeitos; ou quando estabelecer uma aplicação mediata, atribuindo uma eficácia limitada à prescrição constitucional à ulterior regulamentação infraconstitucional. Tem-se, portanto, que o constituinte afirma uma dupla possibilidade de pretensão de eficácia, uma que independe de regulamentação para produzir efeitos e outra que necessita de complementação para efetivar-se.

Nessa segunda hipótese demanda expressamente ("nos termos da lei", por exemplo) uma complementação. Ocorre que o constituinte faculta o exercício

²¹ Id. *ibid.*, p. 138.

²² Sobre a eficácia contida, assim tem se manifestado o STF: RE 569441 / RS, "CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. NATUREZA JURÍDICA PARA FINS TRIBUTÁRIOS. EFICÁCIA LIMITADA DO ART. 7º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE ESSA ESPÉCIE DE GANHO ATÉ A REGULAMENTAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL"; RE 544655 AgR / MG, "O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que o artigo 37, I, da Constituição do Brasil [redação após a EC 19/98], consubstancia, relativamente ao acesso aos cargos públicos por estrangeiros, preceito constitucional dotado de eficácia limitada, dependendo de regulamentação para produzir efeitos, sendo assim, não auto-aplicável"; RE 342459 ED / RS, "Vedação por força do artigo 37, I, da Constituição Federal. EC nº 19/88, que acrescentou os §§ 1º e 2º, ao artigo 207, da Carta da República. Eficácia limitada, porque dependentes de normatividade ulterior Jurisprudência assentada". (grifo nosso) Id. *ibid.*

²³ *Ibid.*

da atividade legiferante no momento que for conveniente à realidade social, ou seja, quando houver condições para seu exercício. Nesse sentido, afirma Konrad Hesse:²⁴

Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.

Tem-se, portanto, que a determinação da potencialidade produção de efeitos de normas de eficácia contida postas na Constituição depende de condições, para além das normativas, a serem localizadas pelo legislador, quando conveniente ou não a atividade legiferante. É diante das normas de eficácia limitada que constatamos nossa problemática: é possível o intérprete, diante do caso concreto, auferir aplicabilidade imediata a tais normas de eficácia limitada, mesmo não havendo norma regulamentadora? Esse é um problema que desemboca nos limites da atuação jurisdicional ante a nova jurisdição constitucional. É possível, no exercício de postura proativa, o juiz dar aplicação direta à norma constitucional que demanda regulação legislativa? Esses questionamentos abrem a discussão para outra temática relativa também à aplicabilidade: relativa aos limites da jurisdição na aplicação da constituição. É esse nosso próximo ponto de análise.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

O presente estudo destina-se a uma análise mais precisa da seara constitucional e, assim, vale ressaltar que a jurisdição constitucional é um caminho natural a ser trilhado, diante da centralização da Constituição Federal no ordenamento jurídico, muito em função da explícita opção do constituinte em assegurar por meio dela os direitos humanos fundamentais, em que pese o fenômeno da reconstitucionalização do direito já previamente exposto.

Sendo assim, a *judicialização da política* e das relações sociais demonstra ser uma consequência a partir da organização do ordenamento jurídico brasileiro e ganha notória visibilidade, visto que:

²⁴ Ibid., pp. 14-15.

Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Desse modo, a judicialização decorre da (in) competência – por motivos de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições.²⁵

Nesse sentido, afirma Lênio Streck²⁶ que sempre existirá um grau de judicialização em democracias que estejam resguardadas por uma Constituição veiculadora de normas. Muito embora se tenha reconhecido a sua ascensão, é preciso ir além e fixar bases consolidadas pela doutrina brasileira no que diz a respeito ao que seria essa intervenção judicial e como ela ocorre.

Esclarece Luís Roberto Barroso²⁷ que "a judicialização da política significa questões do ponto de vista político, social ou moral sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário". Com efeito, o referido autor²⁸ explicita ainda que tal atuação jurisdicional "decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotada" pelo ordenamento jurídico brasileiro, e pelo "sistema de controle de constitucionalidade vigente", de maneira que "constitui fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional, e não uma opção política do Judiciário". Dito isto, resta comprovado que em função de um modelo de Estado intervencionista adotado pela Constituição Federal de 1988, o Judiciário redefine o seu espectro de atuação e, com isso, passou a ser uma instituição, *a priori*, garantidora do Estado Democrático de Direito.

Lançadas noções acerca da judicialização da política, cumpre registrar a extrema importância de se comentar a respeito do fenômeno do *ativismo judicial*. Inicialmente, Elival da Silva Ramos (2015, p. 142) introduz importante observação, a qual "o fenômeno do ativismo pode ocorrer na aplicação de normas de qualquer setor do ordenamento". Sem embargo, objetivando demonstrar sua ascensão, é válido relembrar que as normas constitucionais são dotadas de hierarquia e, assim, passam a influenciar –

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada. **Revista Joaçaba**, v. 17, n.º 3, p. 724, set.-dez. 2016.

²⁶ Id. *ibid*.

²⁷ BARROSO, op. cit., p. 437.

²⁸ Id. *ibid*., p. 440.

principalmente sob o ponto de vista da constitucionalização do direito - as normas infraconstitucionais.

Nesse entendimento, cumpre expor os dizeres de Elival Ramos,²⁹ no que:

a singularidade do ativismo judicial em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito; o caráter monogenético de boa parte dos preceitos constitucionais [...].

Com efeito, ao passo em que principalmente em função do caráter hierárquico das normas constitucionais que, por isso, exige uma adequação normativa das normas ditas infraconstitucionais, prepara-se o cenário para a viabilização do ativismo judicial.

Ab initio, vale assentar as bases no que diz respeito ao *ativismo* que, por sua vez, é oriundo do latim *activus*, de *actus* "algo feito", de *agere*, "agir, colocar em movimento"³⁰. Induz-se que se trata de um *modus operandi* proeminente por parte do Poder Judiciário. Luís Barroso³¹ registra que seu funcionamento remonta ao modo como exerce a competência decorrente do desenho institucional, oriundo do controle de constitucionalidade e da constitucionalização abrangente. Afirma ainda que a ideia do ativismo remete "a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes".³² Mas não é só.

Elival Ramos³³ evidencia que "o primeiro elemento de impulsão do ativismo está relacionado ao modelo de Estado que o constitucionalismo pátrio vem prestigiando desde a Carta de 1934: o Estado democrático-social". Consagra o autor como principal motivação do estudado fenômeno o fato de que por conta desse modelo de Estado, para com o Judiciário:

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142.

³⁰ Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/pergunta/ativismo-atividade-ativista-e-ativo/>> Acesso em: 17 de ago. 2017.

³¹ BARROSO, op. cit.

³² Id. Ibid., pp. 441-442.

³³ RAMOS, op. cit., p. 283.

recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados pela Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios.³⁴

Assim, multiplicam-se diante da prestação jurisdicional diversas formas de se corresponderem às expectativas depositadas pela sociedade brasileira, de modo a proporcionar a existência de um modelo judicial propulsor de decisões ativistas. A título de exemplo, Luís Barroso³⁵ explica que tais formas corresponderiam desde a aplicação direta da Constituição, passando pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do Poder Legislativo até a eventual imposição de condutas ou abstenções ao poder público.

Paralelamente a isso, é preciso salientar que à medida que se desenvolve o poder de atribuição normativa aos seus julgados, deve-se registrar que cresce também a árdua tarefa de proteger o ordenamento jurídico de decisões ativistas. Assim, cria-se uma concreta necessidade de se atentar para as decisões judiciais, ou seja, conforme Elival Ramos (2015 p. 143) "toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há de ser avaliada".

Sem embargo, para além do que seria o ativismo judicial e suas bases, é preciso observar, na prática judicial, como identificar uma decisão ativista. Explicita Lênio Streck:³⁶

Há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista ou não: a decisão (uma determinada decisão), nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em decisões similares? Sendo a resposta um "não", há fortes indícios de que estejamos a ingressar no perigoso terreno do ativismo.

Por sua vez, Elival Ramos³⁷ denota a existência de diversos parâmetros fixados pela doutrina visando identificar o teor ativista de uma decisão, de maneira que "o primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma". Sendo assim, qualquer aplicação normativa que ultrapasse tal amplitude de sentidos caracterizar-se-ia como ativismo.

³⁴ Id. *ibid.* p. 286.

³⁵ BARROSO, *op. cit.*

³⁶ STRECK, *op. cit.*, p. 725.

³⁷ RAMOS, *op. cit.* p. 171.

O fato é que o limiar entre a judicialização e o ativismo é curto, de maneira que reside entre eles que “a judicialização da política é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance.”.³⁸

Por conseguinte, caracteriza-se a judicialização como “contingencial. Ela depende de vários fatores ligados que estão ligados ao funcionamento adequado das instituições. O ativismo, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização.”.³⁹ Todavia, diferentemente da interpretação adotada pelo atual Ministro do STF, o autor gaúcho (Lênio) é incisivo ao atribuir um caráter ruim e censurável, partindo de uma perspectiva de democracia normativa, a recorribilidade das posturas ativistas. Posição essa última a qual concordamos.

Por último, é inegável a presença do Poder Judiciário como instituição fundamental no exercício do Estado Democrático de Direito nos moldes da Constituição de 1988, mas ressalva-se que tal atuação deve relativizada diante dos limites normativos definidos pela própria Constituição, principalmente no que tange a necessidade de regulamentação infraconstitucional das normas de eficácia limitada, tema esse que será debatido no tópico abaixo.

3 O ATIVISMO JUDICIAL ANTE AS NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA: UMA PROBLEMÁTICA NA SUA EFETIVAÇÃO

As normas de eficácia limitada exigem integração infraconstitucional para completar-lhe sua potencialidade de eficácia e, portanto, aplicabilidade nos casos concretos. Ou seja, “sua eficácia integral é que fica na dependência de lei integrativa”.⁴⁰ Vê-se que a opção constituinte é de imprimir em tais normas uma pretensão de eficácia condicionada à faculdade legislativa ordinária que confere plena possibilidade eficaz no sentido fático, pois, como já afirmado, enquanto norma superior da Constituição, é possuidora de eficácia jurídica, controlando a validade de atos normativos inferiores. Como afirma Hans Kelsen⁴¹ “quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição”.

³⁸ BARROSO, op. cit., p. 442.

³⁹ STRECK, op. cit., p. 724.

⁴⁰ SILVA, op. cit., 130.

⁴¹ KELSEN, 2012, p. 300.

Assim, o problema das normas constitucionais de eficácia limitada e aplicabilidade mediata é sua dependência de regulamentação infraconstitucional. É esse fato que abre a presente problemática: até que ponto a competência da atuação jurisdicional na aplicação das normas fundamentais é legítima, quando tem-se a pretensão de eficácia ligada à faculdade legiferante?

Não obstante, essa é uma questão que preliminarmente nos leva ao debate acerca da competência constitucional exigida para complementação das normas cujo conteúdo eficaz é limitado. Nesse sentido, é válida a reflexão kelseniana que, quando na discussão acerca do conflito entre normas de diferentes escalões e decisão judicial ilegal, afirma:

[...] a questão de saber se uma norma de direito criada por um órgão jurídico está em conformidade com a norma superior que define a sua criação, ou até o seu conteúdo, não pode ser separada da questão de saber quem é que a ordem jurídica considera competente para decidir a questão anterior.⁴²

Ou seja, a compatibilidade de uma norma com a ordem jurídica depende da competência para sua criação, sendo esta estabelecida na Constituição. Por um lado, quando expresso, por exemplo, que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (artigo 37, VII, CF/88), não se remete ao julgador a tarefa de complementar a eficácia do ato normativo constitucional e tornar real sua pretensão, quando de frente de uma omissão legislativa. O que o texto constitucional expressamente determina é uma faculdade legiferante que deve atuar quando presentes as condições necessárias para a complementação, ou seja, quando a pretensão de eficácia da norma constitucional estiver de acordo com tais circunstâncias, em um “condicionamento recíproco”⁴³ a ser determinado pelo legitimado democraticamente, o legislador, detentor do poder constituinte (constituído) derivado.

Por outro lado, quando não expressamente, pode se tornar tarefa árdua “a atribuição a uma norma constitucional da condição de norma programática”⁴⁴ e, portanto, importa salientar o caminho trilhado por Elival Ramos,⁴⁵ em que a identificação do caráter eficaz pleno ou limitado da norma situa-se na esfera de aplicabilidade do intérprete e, por isso, deve ele ater-se aos elementos da

⁴² Id. *ibid.*, p. 296.

⁴³ HESSE, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁴ RAMOS, *op. cit.*, pp. 193-194.

⁴⁵ Id. *ibid.*, p. 199.

realidade para o seu devido enquadramento. Sem embargo, aplica-se uma "interpretação de cunho histórico-teleológico, em que a finalidade das normas em questão seja conectada à sua gênese",⁴⁶ para que se tenha a singularização dessa norma.

Não obstante, tem-se que a prática jurisdicional assume hoje diferente postura ante a Constituição. Como ressaltado no tópico referente à normatividade constitucional, a Lei Fundamental, a partir de sua compreensão como norma jurídica dotada de imperatividade e vigor, passou a ser aplicada, não raras vezes, diretamente nos casos concretos a partir de uma interpretação extensiva e reconhecimento de sua eficácia horizontalizada para as relações intersubjetivas.

Ou seja, diante da atribuição ao intérprete que, *a priori*, faz-se valer da interpretação histórico-teleológica como fundamento jurídico para a eventual limitação eficaz da norma – a qual existe em função do status normativo e do caráter *hierárquico* das normas constitucionais que, por isso, exigem uma adequação normativa das normas ditas infraconstitucionais -, cria-se de terreno próspero ao exercício do ativismo judicial.

Esse paradigma de atividade judiciária ante a aplicabilidade direta e imediata de vários dispositivos do texto constitucional tornou ainda mais complexa a problemática aqui tratada. Temos que o juiz no processo normativo de individualização da norma para o problema constata a inexistência de lei regulamentadora que a Constituição demanda para tornar possível a produção concreta de seus efeitos na realidade fática. Poderia ele aplicar diretamente o dispositivo que contém o direito mesmo sabendo que a premissa (regulamentação) para a pretensão de eficácia da norma não estaria presente? É esse o questionamento que apresenta a circunstância em que tal fenômeno se expressa: no processo normativo, ou seja, na aplicação do direito ao caso, na singularização da norma geral.

Isso porque "não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não".⁴⁷ E se tal órgão o faz, "sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso", tem-se o desrespeito "à opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição".⁴⁸

⁴⁶ Id. *ibid.*, p. 194.

⁴⁷ Id. *ibid.*, pp. 270-271.

⁴⁸ Id. *ibid.*, p. 271.

Desse modo, à luz do caso concreto, uma vez detectada tal postura proeminente do Poder Judiciário, deve-se ter extrema cautela, visto que se põe em risco a integridade do ordenamento jurídico. Para tanto, é preciso ter em mente a necessidade de sua preservação, muito em função de sê-lo um sistema jurídico,⁴⁹ dotado de unidade e efetividade. Aquele, noutras palavras, traduz-se no Princípio da Unidade, em que "é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas".⁵⁰ Por último, a respeito da efetividade, tem-se o Princípio da Efetividade, o qual "o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional".⁵¹

A título de exemplo, em sede de Recurso Extraordinário n.º 470.715-5 SP, eventualmente estar-se-ia diante de norma de eficácia limitada e, no entanto, o julgador atribuiu eficácia plena, pois:

a omissão de providências legislativas e administrativas reclamadas ao Poder Público para a concretização de normas assecuratórias de direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, autorizaria ao Poder Judiciário a convocá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata.⁵²

Assim, tal decisão se mostrou ativista, porque "o artigo 54 da Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), se limitou a reproduzir, *ipsis litteris*, o disposto no artigo 208 da CF, não tendo, pois, autonomia regulatória"⁵³ que, portanto, o permita atribuir tal eficácia plena.

O fato é que a jurisdição constitucional "coexiste com a legitimação majoritária" oriunda do Poder Legislativo e Executivo, de maneira que "o grande papel de um Tribunal Constitucional é: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático".⁵⁴ Nessa perspectiva, conclui-se que "os juízes e tribunais devem acatar as escolhas

⁴⁹ Nos dizeres de Norberto Bobbio (1996, p. 74) "como se vê, que um ordenamento jurídico constitua um sistema, sobretudo se se partir da identificação do ordenamento jurídico com o sistema dinâmico, é tudo, menos óbvio". Assim, reconhece-se a sistematicidade do ordenamento jurídico.

⁵⁰ BARROSO, op. cit., 338.

⁵¹ Id. *ibid.*, p. 341.

⁵² RAMOS, op. cit., p. 270.

⁵³ Id. *ibid.*, p. 272.

⁵⁴ BARROSO, op. cit., pp. 446-447.

legítimas feitas pelo legislador", quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos".⁵⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o reconhecimento de sua normatividade, a Constituição passou a ser um instrumento concreto do trabalho jurídico. A expressão de seu vigor, com a consolidação de seu *status* de norma jurídica, e sua nova estrutura e função no Estado Democrático de Direito proporcionaram-lhe a possibilidade de aplicação em concreto e produção de sua eficácia plena, contida ou limitada. Nesse paradigma, a jurisdição constitucional tornou-se responsável por concretizar as normas do Texto Magno nas relações intersubjetivas e institucionais. Sua atuação inovadora levou a dois movimentos: a judicialização da política, a partir de uma ampliação do alcance das questões jurisdicionais, como elemento contingencial da atual ordem constitucional, e o ativismo judicial, onde há uma participação proativa do judiciário em sua prestação às demandas e em frente aos demais poderes.

Com base nesses acontecimentos, o presente estudo analisou criticamente a inter-relação dos dispositivos constitucionais de frente a essa nova forma de atuação judicial. O busílis da questão, mais precisamente, foi centralizado em uma reflexão acerca das possibilidades legítimas de uma prestação jurisdicional que tenha por base norma constitucional de eficácia limitada. Questionou-se, portanto, os limites do ativismo, uma postura proativa do judiciário, ante tais normas mesmo quando não regulamentadas pela legislação demandada constitucionalmente.

⁵⁵ Id. *ibid.*

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, denominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- _____. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, José Afonso Da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada. **Revista Joaçaba**, v. 17, n. 3, pp. 721-732, set.-dez. 2016.