

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGDIREITO

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS DIMENSÕES NA ATUAÇÃO
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE SOB O
PRISMA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA
JUDICIALIZAÇÃO**

Gustavo Buzatto

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Direito, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Direito.

**Orientadora: Professora Doutora Janaína Rigo
Santin**

Passo Fundo – RS, Fevereiro de 2017

CIP – Catalogação na Publicação

B992a Buzatto, Gustavo

O ativismo judicial e suas dimensões na atuação do Supremo Tribunal Federal: uma análise sob o prisma da separação dos poderes e da judicialização / Gustavo Buzatto. – 2017.
240 f. : il. ; 31 cm.

Orientadora: Profa. Dra. Janaína Rigo Santin.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Passo Fundo, 2017.

1. Poder judiciário e questões políticas. 2. Tribunais superiores. 3. Separação de poderes. I. Santin, Janaína Rigo, orientadora. II. Título.

CDU: 342.56(81)

Catálogo: Bibliotecário Luís Diego Dias de S. da Silva – CRB 10/2241

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, sempre zeloso, guiador e protetor nessa caminhada, e por permitir esta conquista tão importante da conclusão do curso de mestrado em Direito.

Agradeço a meu pai, Nelson Buzatto, a minha mãe, Sidene Fátima Stieven Buzatto, a meus irmãos Thiago e Guilherme, e a meu sobrinho, Matheus, pelo apoio, compreensão, torcida e força que, incondicionalmente, sempre me concederam.

Da mesma forma, agradeço à Maria Carmela, muito mais que uma namorada, uma amiga, colega, companheira de todas as horas, pela atenção, preocupação, compreensão e ajuda.

À família Mingotti Pavan, pela recepção e estada sempre carinhosa e por não ter medido esforços no intuito de me fazer sentir em casa e como integrante de sua família.

À minha orientadora, Janaína Rigo Santin, pela atenção, disponibilidade e dedicação sempre que solicitada, e pela valiosa contribuição com seus conhecimentos, orientações e opiniões para que este trabalho se concretizasse.

Por fim, a todos os professores e colegas do programa do mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo, pelas enriquecedoras discussões e pela troca de conhecimentos e experiências.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico do presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade desse estudo.

Passo Fundo – RS, fevereiro de 2017.

Gustavo Buzatto

Mestrando

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
Art.	Artigo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
Inc.	Inciso
MC	Medida Cautelar
Min.	Ministro
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO	14
1.1 A passagem da Idade Média à Modernidade: os primeiros passos de uma organização estatal e do surgimento dos primeiros direitos	15
1.2 Do Estado Moderno ao Liberal e do Estado Liberal ao Social: o Racionalismo, as Revoluções Liberais Burguesas, o surgimento do Estado de Direito e do Princípio da Separação dos Poderes	22
1.3 O Princípio da Separação das Funções Estatais como condição para o surgimento do Constitucionalismo	38
CAPÍTULO II – O PODER JUDICIÁRIO E A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS NO BRASIL: PRINCIPAIS CAUSAS DA ASCENSÃO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL	50
2.1. Poder e função: o Poder Judiciário e a função jurisdicional	51
2.2. A inafastabilidade da Jurisdição e o acesso à Justiça	59
2.3. A ascensão do Poder Judiciário pós Constituição Federal de 1988	67
2.4. A crescente judicialização dos conflitos: noções gerais e contextualização	79
2.4.1. A judicialização da vida e a judicialização da política	84
2.4.2. Principais causas da judicialização dos conflitos no Brasil	93
CAPÍTULO III – O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS DIMENSÕES VERIFICADAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	106
3.1. O Ativismo Judicial: noções gerais, conceituação, contextualização e problematização	107
3.2. As dimensões do Ativismo Judicial segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	120
3.2.1. Ativismo Judicial e interpretação da Constituição	120
3.2.2. Ativismo Judicial e criação legislativa	127

3.2.3. Ativismo Judicial e deferência aos demais Poderes	134
3.2.4. Ativismo Judicial e afirmação de direitos	136
3.2.5. Ativismo Judicial e políticas públicas e sociais	141
3.2.5.1. O Estado de Coisas Inconstitucional	146
3.2.6. Ativismo Judicial e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios ..	157
3.2.7. Ativismo Judicial e superação de precedentes	161
3.2.8. Ativismo Judicial e maximalismo	167
3.2.9. Ativismo Judicial e partidarismo	171
3.2.10. Ativismo Judicial e soberania judicial	174
3.3. Conclusão do capítulo	176
CAPÍTULO IV – A DEFINIÇÃO DE UM POSICIONAMENTO ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL, A INTERPRETAÇÃO CRIATIVA E A PROATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO	177
4.1. Ativismo Judicial como instrumento de promoção da democracia e da harmonização das funções estatais: visões favoráveis acerca do ativismo ..	178
4.2. A definição do Ativismo Judicial como um fenômeno violador do sistema constitucional: entendimentos e visões contrários ao Ativismo	186
4.3. Ativismo Judicial e Passivismo ou Autocontenção Judicial	195
4.4. Em busca de um entendimento acerca do Ativismo Judicial	199
4.5. Ativismo Judicial e Interpretação Criativa do Direito	204
4.6. O surgimento de um novo conceito: a Proatividade do Poder Judiciário	212
CONCLUSÃO	219
REFERÊNCIAS	223

RESUMO

Nas últimas décadas, sobretudo diante da redemocratização do País e da nova ordem constitucional instalada com a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário brasileiro vem experimentando uma ascensão sem precedentes. O fenômeno da judicialização e a submissão de temas, além de jurídicos, de naturezas, sobretudo, política e social, têm levado ao âmbito da análise jurisdicional matérias que, em princípio, compreendem a seara de atuação política dos demais Poderes, e que, em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição, são enfrentadas pelo Judiciário, o qual, para sanar a omissão ou a insuficiência ou incapacidade de ação administrativa ou legislativa, profere o provimento jurisdicional que acaba por acarretar reflexos sobre estas funções estatais. A atuação mais ampla e proativa gera o debate e o questionamento acerca da legitimidade da conduta jurisdicional que acaba por interferir na esfera de atuação típica dos outros Poderes, no sentido de violar a separação dos Poderes e o regime democrático ou ser manifestação da harmônica atuação entre as funções do Estado e promoção dos ideais democráticos. O ativismo judicial, cuja definição se apresenta controversa na doutrina, é fenômeno no qual se tem enquadrado esta atuação ampla e intensa dos órgãos jurisdicionais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, o qual, diante de relevantes julgados, tem evidenciado suas diversas dimensões ativistas. Não se pode mais conceber um Judiciário mero aplicador passivo da lei, mas o quanto pode o mesmo avançar no seu intento interpretativo, criativo e realizador dos preceitos, valores e fins constitucionais é que se questiona. Se a noção sobre o ativismo for de um agir violador, impõe-se encontrar um novo conceito em que se enquadre, legitimamente, esta atuação ampliativa do Judiciário brasileiro.

Palavras-Chave: Judiciário; judicialização; ativismo judicial; dimensões; legitimidade.

ABSTRACT

In the last few decades, mostly because of the re-democratization of the country and the new constitutional order instituted with the promulgation of the 1988 Federal Constitution, the Brazilian judiciary has been experimenting an unprecedented rise. The judicialization phenomenon and the submission of themes of - besides juridical - political and social natures, have brought to the jurisdictional area subjects that initially encompass the territory of political action of the other branches, and that, in the name of the principle of non-obviation of Judiciary jurisdiction, are faced by the judiciary, which, in order to remedy the omission or the insufficiency or incapacity of administrative or legislative action, pronounces the jurisdictional provision that ends up entailing reflexes on these state functions. The more broad and proactive activity creates the debate and questioning about the legitimacy of the jurisdictional conduct that ends up interfering in the other branches typical sphere of activity, meaning that it could violate the separation of powers and the democratic system or be a manifestation of the harmonical practice among the state functions and promotion of the democratic ideals. The judicial activism, which presents a controversial definition inside the doctrine, is a phenomenon in which this broad and intense action of the jurisdictional organs has been accommodated, specially the Supreme Court's, which, before relevant decided cases, has evidenced its several activist dimensions. A mere passive enforcer of laws judiciary cannot be conceived anymore, but how much can it go on in its interpretative, creative and precepts, values and constitutional purposes-maker intent is what is questioned. If the notion about the activism is the one of a violating acting, finding a new concept is imposed, in which this broadening activity of the Brazilian judiciary is legitimately accommodated.

Keywords: Judiciary; judicialization; judicial activism; dimensions; legitimacy.

INTRODUÇÃO

No contexto do surgimento e evolução do Estado de Direito, à medida que a sociedade e suas necessidades foram evoluindo, dado Poder estatal foi ascendendo em relação aos demais, ganhando maior destaque e, conseqüentemente, imprimindo uma atuação mais ampla e decisiva no que diz respeito aos anseios da respectiva realidade social e política, especialmente em razão do fim a que se destina cada função precípua.

Desde a passagem à Modernidade, período no qual começam a surgir os primeiros sinais e elementos de organização estatal, ainda em seus primórdios no Estado Absolutista, percebe-se que, mesmo que ainda não houvesse separação das funções estatais, estas começam a ser apresentadas em suas primeiras feições, porém exercidas de forma centralizada pelos monarcas. Centralização esta que, diante da ascensão da burguesia, a qual passa a controlar o exercício do poder visando à garantia de sua liberdade para a concretização de seus interesses econômicos, começa a ser combatida, criando, aos poucos, um cenário propício para a organização do Estado, de cunho não intervencionista e de caráter descentralizado, e a constituição deste por diferentes instituições com desempenho, separadamente, das funções necessárias ao funcionamento do mesmo.

Com base nos ideais iluministas e com determinante contribuição das revoluções liberais burguesas, a instituição de um Estado organizado, descentralizado, com exercício das funções essenciais por diferentes órgãos, regido, primordialmente, por uma Constituição, e por regras de submissão geral, inclusive e, mormente, de sujeição pelo próprio Estado, como forma de limitar o poder deste e garantir direitos à população, passa a se tornar realidade e, aos poucos, vai firmando raízes de modo definitivo na realidade social, enfraquecendo o poder absoluto do rei e fazendo ascender outra função estatal, a do parlamento, isto é, do legislador.

Todavia, embora a ascensão do parlamento tenha favorecido a descentralização do poder, com a atribuição das funções estatais a diferentes instituições, bem como o surgimento das normas jurídicas reguladoras das relações sociais e limitadoras da vocação intervencionista do Estado, esta ascensão legislativa se confundiu com a tomada do poder pela burguesia, a qual legislava eminentemente em seu favor.

A exacerbação da função legislativa em busca de satisfazer as vontades somente de uma minoria, leva a um movimento da sociedade no sentido de frear essa função ilimitada. Em decorrência disso, novamente o Estado volta a ganhar força, no sentido de limitar o poder de classes determinadas e de proteger as classes mais fracas das injustiças e desigualdades cometidas. Aos poucos, a noção de um Estado Social vai tomando o espaço do Estado Liberal, com maior centralização política e administrativa estatal.

Logo, passa a ganhar maior evidência a função administrativa exercida pelo Poder Executivo, garantidor da liberdade tutelada e provedor de direitos sociais fundamentais, pelos quais o Estado passa a assumir a responsabilidade constitucionalmente perante a população.

Contudo, junto à evolução das sociedades e de suas necessidades, bem como diante da ampliação dos direitos constitucionalmente assegurados, crescem as situações de conflitos entre as classes, entre os cidadãos e entre estes e o Estado, não tendo, em muitos casos, as leis e a própria Administração Pública capacidade de prever e fornecer solução para todos estes conflitos. Surge, então, a necessidade de se atribuir maior evidência ao órgão competente para solucionar as controvérsias que as leis e o Estado gerente não podiam compor. É, portanto, a partir do Estado Social, especialmente no século XX, que ganha maior prevalência a atuação do órgão jurisdicional.

O Poder Judiciário passa, pois, a experimentar, gradualmente, o protagonismo das funções estatais, com atribuição para resolver tais situações conflituosas, de forma a resguardar e fazer realizar direitos fundamentais, bem como para realizar o controle da constitucionalidade das leis e o controle sobre a atuação dos demais Poderes, de forma a coibir os exageros antes verificados e fazer valer a ordem jurídico-constitucional.

Inicialmente concebido para atuar adstritamente às normas postas pelo Poder detentor da função típica legislativa, ou seja, um agir, em princípio, não inovador da ordem jurídica, mas de aplicador imparcial do Direito já disposto, há muito que a atuação jurisdicional não é de mero aplicador passivo do Direito Positivo, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, a Carta Constitucional, além de ter ampliado o rol dos direitos e garantias fundamentais, outorgou ao Poder Judiciário o poder-dever de enfrentar e

resolver todas as lesões ou ameaças a direitos levadas ao seu crivo e, assim estabelecendo, determinou a impossibilidade de tal Poder afastar-se da incumbência de, diante de todos os casos para os quais foi provocado, conferir o provimento jurisdicional.

Diante disso, o fenômeno da judicialização, entendido como a submissão de demandas de naturezas outras que não apenas jurídicas à apreciação do Judiciário, que tem como causa primeira a redemocratização do País ocorrida a partir da promulgação da CF/88, entrou em franca evidência, encontrando-se, hoje, em plena e constante evolução, e representando a principal causa da hipertrofia do Poder Judiciário no Brasil nas últimas décadas.

Dessa forma, verifica-se a mais frequente provocação jurisdicional para apreciar conflitos, violação a direitos, efetivação de políticas públicas e a constitucionalidade de atos legislativos, ocasionada, sobretudo, pela amplitude material da norma constitucional, pela adoção de um sistema jurídico eminentemente principiológico e constituído por cláusulas gerais e abertas e por conceitos jurídicos indeterminados, pela ampliação do rol dos direitos e garantias fundamentais, bem como pela omissão ou insuficiência de ação dos demais Poderes em suas respectivas funções.

Com isso, a ascensão do Poder Judiciário no Brasil é contínua e, cada vez mais, crescente, alcançando, nos dias atuais, uma atuação tão abrangente, intensa, e ativa, que acaba por alcançar e gerar consequências sobre a esfera de atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo. Esta atuação é objeto de ferrenho debate e grande controvérsia acerca de sua legitimidade, no sentido de estar ou não dentro dos limites de sua competência, de violar ou estar em harmonia ao princípio da separação dos Poderes e ao regime democrático.

A mudança no papel funcional do Judiciário pode ser entendida como uma atitude deliberada ou uma exigência das necessidades sociais, as quais requerem uma adequação da função jurisdicional de forma a atender a nova realidade ocasionada por transformações históricas, políticas, sociais, culturais, econômicas, tecnológicas, científicas, dentre outras naturezas, não confortadas pela mera atuação política, de forma a suprir a omissão ou insuficiência de ação dos demais Poderes, e fazer realizar os preceitos, valores e fins constitucionais do Estado brasileiro.

Diante deste cenário, surgem entendimentos no sentido de enquadrar esta atuação jurisdicional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, no chamado ativismo judicial. Dizer ser o Judiciário ativista é afirmar que o mesmo atua de maneira ampla, ousada e mais abrangente em relação à função jurisdicional de mero aplicador da lei, alcançando a análise e decisão sobre questões não jurídicas, de modo a atingir diretamente o âmbito de atuação política dos demais Poderes.

Identificam-se na atuação da Corte Constitucional brasileira manifestações do ativismo judicial em suas diferentes dimensões, o que evidencia o caráter multidimensional e ativista desta atuação, especialmente, em relação à interpretação da Constituição, à criação legislativa, à limitada deferência em relação aos demais Poderes, à afirmação de direitos, à efetivação de políticas públicas e sociais, à autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios, à superação de precedentes e à adoção de decisões maximalistas.

O enquadramento da atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise de relevantes casos práticos, no chamado ativismo judicial, e se este se encontra em conformidade com o sistema constitucional vigente, com o princípio da separação dos Poderes e com o regime democrático, são os questionamentos que se pretende responder.

Da mesma forma, busca-se encontrar um agir jurisdicional ideal e legítimo, baseado na interpretação evolutiva e criativa do Direito, de modo que não permita ao Judiciário violar o sistema de separação das funções estatais, bem como não dê ao mesmo um caráter conservador e de mero aplicador do Direito posto, o que, diante da realidade social e política atual, não se pode conceber. Por fim, intenta-se enquadrar esta atuação em um novo conceito, alternativo ao ativismo, diante da controvérsia existente na doutrina acerca da significação desta terminologia, surgindo, assim, a noção da chamada proatividade do Poder Judiciário.

A problemática proposta na presente análise apresenta-se envolvida em posições diversas e controversas, todas fortemente fundamentadas, o que torna o estudo mais árduo, mas, proporcionalmente, mais relevante e necessário. Neste intuito, o debate não pode ficar somente na seara teórica e doutrinária, mas deve avançar às consequências práticas efetivas que a atuação jurisdicional mais ampla acarreta na vida política e social, sendo esta a contribuição a ser proporcionada pelo presente estudo.

CAPÍTULO I – O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

A história mostra que o exercício das funções do Estado pelos órgãos constituídos para tanto se dá, em momentos distintos, com predominância e maior evidência de uma função em relação às demais. Isso não significa, em tese, necessariamente, violação ao princípio da separação dos poderes nem tampouco ofensa à repartição das competências constitucionais, mas evidencia a necessidade social por um agir mais intenso de determinada função em dado momento histórico.

Busca-se demonstrar, diante disso, que, no contexto do surgimento e evolução do Estado de Direito, conforme a sociedade e as necessidades desta evoluem, dado Poder ganha um maior destaque e uma atuação mais ampla e decisiva no que diz respeito aos anseios contemporâneos, especialmente em razão de sua respectiva função precípua.

Para tanto, não se pode ater-se apenas ao princípio da tripartição, mas impõe-se adentrar na análise do nascimento do Estado e da construção do Estado de Direito no decorrer da história, dentro do qual está contextualizado o princípio. Nesse sentido, destaca-se a importância de tomar como princípio deste estudo a análise da lenta e constante aparição dos elementos estatais:

Estudar o Estado e suas relações com a sociedade implica, necessariamente, estudar os mais variados aspectos que envolvem o próprio funcionamento das instituições responsáveis por essa sociedade. Estado, Governo, Democracia, Legitimidade, Poder são questões que, imbricadas, exigem uma disciplina para o estudo de suas complexidades.¹

Portanto, parte-se o presente estudo de uma breve análise dos momentos históricos determinantes para o processo de surgimento do Estado Moderno organizado e, após, formado por instituições competentes pelas funções de poder fundamentais à existência estatal e à manutenção da ordem. Da mesma forma, intenta-se averiguar o contexto histórico e social em que surgiram os primeiros direitos, o que irá culminar no modelo de Estado Democrático de Direito adotado, como regra, no mundo ocidental.

¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19.

1.1 A passagem da Idade Média à Modernidade: os primeiros passos de uma organização estatal e do surgimento dos primeiros direitos

Não se pode falar propriamente de Estado ou de organização estatal antes da passagem à Idade Moderna. Da mesma forma, “*no se puede hablar propiamente de derechos fundamentales hasta la modernidad*”.² Os modelos de sociedade europeias anteriores à Modernidade – Antiguidade e Idade Média – impediam, por suas características arraigadas, o surgimento de qualquer ordem política e jurídica.

Apesar disso, remontam desde a antiguidade doutrinas políticas no sentido de pensar o indivíduo e o plano no qual este se encontrava inserido, na busca pela evolução a um estágio de organização coletiva. Neste sentido, o mundo antigo “*ha tenido su propia doctrina política, que manifiesta un razonamiento profundo sobre las condiciones indispensables para individuar y configurar un orden significativo en el plano colectivo, capaz de sostenerse y desarrollarse en el tiempo*”.³ Esta doutrina, surgida no século IV a.C., possui como representantes maiores Platão e Aristóteles, a partir dos quais nasce uma reflexão sobre a política, fundada em fortes ideais constitucionais.⁴

O período histórico que antecede a Modernidade, a Idade Média, marcado por uma sociedade estamental rigorosamente estanque, forma propícia para a manutenção do sistema feudal existente, faz inviável o nascimento de uma organização estatal e o reconhecimento de direitos aos servos, mão-de-obra dos feudos. “O senhor feudal detinha o poder econômico, o político, o militar, o jurídico e o ideológico sobre os ‘seus’ servos”.⁵ O senhor do feudo exercia, conforme as espécies ideais weberianas, uma dominação tradicional com aspectos de dominação carismática sobre seus servos, baseada numa relação pessoal e extracotidiana.⁶

² “*No se puede hablar propiamente de derechos fundamentales antes da modernidade*”. (PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 113, tradução nossa).

³ “*Possui sua própria doutrina política, que manifesta uma fundamentação profunda sobre as condições indispensáveis para individualizar e configurar uma ordem significativa no plano coletivo, capaz de se sustentar e se desenvolver no tempo*”. (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Manuel Martínez Neira (Trad.). Madri: Editorial Trotta, 2001. p. 15, tradução nossa).

⁴ FIORAVANTI, 2001, p. 25.

⁵ STRECK; MORAIS, 2008, p. 25.

⁶ WEBER, Max. **Economia y Sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1964. p. 180-197.

A Igreja Católica, detentora do poder espiritual, era mantida pelos senhores feudais, motivo pelo qual tinha interesse na manutenção do sistema e, por isso, ajudava a plantar a mentalidade de subserviência ao senhor. Logo, “a terra era o fundamento do poder político (de certo modo fundido com o militar), e era também a base da economia”.⁷

Esse monopólio de poderes nas mãos de alguns é que impede que se fale em Estado nesse período, pelo menos de Estado na acepção de organização descentralizada nos moldes atuais. Isso, de fato, não havia. Neste contexto:

Em face das características *stricto sensu* da forma estatal medieval, é razoável afirmar que não existiu Estado centralizado no decorrer do período medieval, exatamente pela fragmentação dos poderes em reinos, feudos etc. A forma de Estado centralizado – o Estado como poder institucionalizado – é pós-medieval, vindo a surgir como decorrência/exigência das relações que se formaram a partir do novo modo de produção – o capitalismo – então emergente.⁸

É necessário se ter em mente, contudo, que, diante desta formatação de sociedade, na época, nem se concebia a ideia de um governo dotado de soberania e do que se entende hoje por Estado. O pensamento político aponta, de uma forma geral, simplesmente, para a necessidade e para a busca de uma unidade e equilíbrio da sociedade e do poder, haja vista que, até então, o poder concentrava-se nas mãos de poucos às custas do trabalho de muitos. Neste sentido:

*La forma de gobierno buscada no presupone por ello ninguna “soberanía”, y menos aún un “Estado”, se refiere simplemente a un sistema de organización y de control de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada, construido para dar eficacia a las acciones colectivas y para consentir, así, un pacífico reconocimiento de la común pertenencia política.*⁹

Vê-se que, embora não haja a exata ideia de se conceber uma entidade dotada de soberania, estruturada e organizada politicamente, haja vista a formatação social na época, já se tinha a ideia da necessidade de compor a

⁷ SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 14.

⁸ STRECK; MORAIS, 2008, p. 26.

⁹ “A forma de governo buscada não pressupõe por isso nenhuma soberania, e menos ainda um Estado, refere-se simplesmente a um sistema de organização e de controle dos diversos componentes da sociedade historicamente determinada, construído para dar eficácia às ações coletivas e para consentir, assim, um pacífico reconhecimento da comum filiação política”. (FIORAVANTI, 2001, p. 17, tradução nossa).

sociedade com um mínimo de organização com vistas à noção do coletivo e ao desenvolvimento de uma comunidade política, do que se denotam os primeiros sinais de uma formatação sócio-política na história.

O feudalismo, último período histórico compreendido pela Idade Média, cujos primeiros sinais remontam do século IV, alcançando seus últimos momentos já nos séculos XVIII e XIX, é dividido em três grandes períodos ou fases:

1ª. Desde os séculos IV-V até os séculos X-XI d. C. – uma etapa de formação marcada pelos variados aspectos constitutivos da transição do *escravismo antigo* para o feudalismo (medieval).

2ª. Dos séculos X-XI até o início do século XIV, constituindo a fase de apogeu ou de maior desenvolvimento das estruturas feudais, simultaneamente à expansão das cidades e das atividades típicas da chamada *economia urbana*.

3ª. A partir dos séculos XIV-XV e estendendo-se até o século XVIII ou mesmo o XIX, em alguns casos, sendo esta a *fase final do feudalismo* propriamente dita, cuja principal característica é a transição do feudalismo para o capitalismo como processo geral.¹⁰

A fase final feudalista representa as transformações na sociedade como um todo decorrentes das deficiências apresentadas na era medieval e das novas necessidades surgidas. O êxodo dos servos dos feudos em busca de melhores condições de vida e de trabalho e diante da “liberação da mão-de-obra”¹¹, o enfraquecimento do trabalho rural diante da ascensão das atividades urbanas, a nova mentalidade incutida no povo diante dos progressos técnico-científicos e da busca pelo capital, são algumas das ocorrências que explicam a progressiva queda do sistema feudal e da ascensão emergente do capitalismo e do novo sistema moderno.

Assim, no final da Idade Média, diante do crescente enfraquecimento e iminente queda do sistema feudal, uma nova classe social começa a surgir e a tomar conta das novas práticas comerciais e econômicas da época: a burguesia. Houve uma forte centralização política nas mãos dos monarcas absolutos, em razão do apoio e das alianças feitas com a classe ascendente, a qual possuía interesses econômicos que seriam assegurados com esta centralização. Nesta dualidade de interesses, a burguesia forneceu apoio político e financeiro aos reis, atribuindo a estes a supremacia política, e, em contrapartida, foram adotadas medidas

¹⁰ RODRIGUES, Antonio Edmilson Martins; FALCON, Francisco José Calazans. **A formação do mundo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 6.

¹¹ RODRIGUES; FALCON, 2006, p. 9.

protecionistas aos burgueses de expansão das atividades comerciais e financeiras.¹² Assim, “o *mercantilismo* representou precisamente a fusão da política e da economia na fase absolutista: definido por muitos como primeiro estágio do próprio capitalismo, ou como aliança entre o monarca e a burguesia”.¹³

Essa primeira fase da passagem ao Estado Moderno é chamada de Absolutismo, exatamente pelo fato de o exercício absoluto do poder estar concentrado nas mãos dos monarcas, substituindo-se, assim, os poderes dispersos pelos feudos pelo “poder soberano da monarquia absoluta”.¹⁴ Os doutrinadores clássicos deste período defendiam a necessidade da atribuição deste poder, dentre eles Thomas Hobbes, em seu “O Leviatã”, e, posteriormente, Jean-Jacques Rousseau, com “O Contrato Social”, o qual sustentava o governo do rei representativo do poder soberano do povo.¹⁵

No período absolutista, o poder soberano do monarca assegurou a ascensão mercantil burguesa no novo Estado que se formava, fato que deu óbice a uma revolução no aspecto econômico da sociedade, que permitirá, posteriormente, o surgimento do capitalismo.

Os três séculos (XVI-XVIII) correspondentes cronologicamente à Idade Moderna caracterizam-se no plano da história econômica por dois processos distintos, embora estreitamente inter-relacionados: as transformações estruturais que marcam a transição do feudalismo para o capitalismo e a expansão mercantil que constitui a primeira etapa do processo de unificação do mundo – ou de estabelecimento do assim denominado “sistema mundial (capitalista) moderno”.¹⁶

Segundo Peces-Barba, os principais elementos que caracterizam o trânsito à Modernidade são: o sistema econômico sob o protagonismo da burguesia; a mudança no poder político, com o surgimento do Estado, e a detenção por este do monopólio da força legítima e da produção normativa, bem como pela força do fator religioso, mediante a ideia de uma Igreja Nacional; a transformação da mentalidade das pessoas da época, sob o comando dos movimentos humanista e reformista protestante; a evolução da cultura, impulsionada pela secularização, pelo

¹² VIANA JUNIOR, Armando. **O Absolutismo Monárquico**. In: *O Historiador*. Disponível em: <<http://www.ohistoriador.com.br/historia-moderna/o-absolutismo-monarquico/>>. Acesso em: 22/12/2015.

¹³ SALDANHA, 1987, p. 9.

¹⁴ STRECK; MORAIS, 2008, p. 27.

¹⁵ FIORAVANTI, 2001, p. 77-83.

¹⁶ RODRIGUES; FALCON, 2006, p. 5.

naturalismo, pelo racionalismo e pelo individualismo; o desenvolvimento da ciência, sobretudo em virtude do enfraquecimento do poder da Igreja Católica; e a ordenação da vida social por meio do Direito Estatal, fundado no Poder do Estado, com a criação de leis coercitivas.¹⁷

Como bem se pode perceber pelos elementos acima apresentados, “o Estado ‘moderno’ se *origina* em um processo de alterações que incluem a exaustão do sistema sócio-econômico feudal e o advento do capitalismo”.¹⁸ Por consequência, a vida rural no medievo passa a ser substituída pela vida e por atividades eminentemente urbanas, sob contornos de um novo sistema social, político e econômico.

As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno, quais sejam: o território e o povo, como elementos materiais; o governo, o poder, a autoridade ou o soberano, como elementos formais. Para alguns autores, existe um quarto elemento: a finalidade – o Estado deve ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência.¹⁹

Mesmo que ainda não houvesse, na época do Absolutismo, a configuração, propriamente, de um Estado de Direito, verifica-se claramente que os elementos estatais começam a surgir e há o início de uma forma burocrática de dominação ou de um modelo de dominação legal-racional.²⁰ Conforme Norberto Bobbio, “o nome *Estado* deve ser usado com cautela para as organizações políticas existentes antes do novo ordenamento centralizador, institucionalizado, denominado por Maquiavel de Estado”.²¹ De qualquer forma, “o Estado absoluto veio a ser o primeiro grande resultado político (ou político-jurídico) deste grupo de transformações”.²²

Da mesma forma, mesmo que não haja separação de poderes, percebe-se que as funções estatais já existem em suas primeiras feições, porém são exercidas de forma centralizada pelos monarcas. Nesse contexto:

A gradual concentração do poder em mãos do monarca, alterando hábitos e formas peculiares aos séculos medievais, incluiu o aparecimento de uma justiça do Rei. O problema tem relação com o da unificação do direito, na

¹⁷ PECES-BARBA, 1995, p. 116-138.

¹⁸ SALDANHA, 1987, p. 8.

¹⁹ STRECK; MORAIS, 2008, p. 39.

²⁰ WEBER, 1964, p. 173-180.

²¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade:** para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

²² SALDANHA, 1987, p. 25-26.

medida em que surgiam cortes de justiça diretamente ligadas ao poder real e reformulavam-se as competências, criando-se uma tendência a sistematizar o processo judicial. [...] No fim da Idade Média a Inglaterra já estava dotada daquilo que Fortescue chamara, no século XV, de “constituição mista”: um regime monárquico com traços de aristocracia e de democracia, com um parlamento soberano e um direito estável.²³

Logo, mesmo ainda no final da Idade Média e, sobretudo, em um primeiro momento da história do Estado Moderno, a configuração da sociedade absolutista e os anseios de seus grupos, bem como a forma de exercício do poder, levaram à concentração das diversas funções de Estado, inclusive a de “justiça”, na figura de uma única pessoa, pois se acreditava que os reis teriam um poder real com origem divina, isto é, “o rei seria o ‘representante’ de Deus na Terra, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade”.²⁴ Tal fato acarretou no fortalecimento do Absolutismo monárquico e na conseqüente formação dos Estados Nacionais Absolutistas. Neste contexto:

Com a progressiva centralização do poder nas mãos do monarca, sustentado nos interesses comerciais da burguesia ascendente, configura-se o *Estado nacional moderno*. O feudalismo entra em colapso e as estruturas institucionais modernas começam a tomar forma. A seguir, como “reação às ideias e práticas políticas absolutistas que acompanharam o processo de unificação nacional e de formação do Estado moderno”, surge o *Estado liberal clássico*.²⁵

Sob estes contornos vai surgindo uma nova sociedade e, conseqüentemente, uma organização estatal. Nasce, então, “uma sociedade nova, *móvel*, urbana, latentemente individualista, condicionada pela ascensão da burguesia e pela consolidação do capitalismo”.²⁶ Estas novas características da sociedade moderna e a mentalidade racionalista decorrente evidenciam um cenário propício para a organização do Estado bem como para o surgimento de instituições que desempenhem as funções necessárias ao funcionamento do mesmo. Diante disso:

Os valores *leigos* aos poucos se impõem, e ao mesmo tempo o perímetro territorial da *nação* se define como indispensável base concreta do Estado: a *nação* aparece como termo novo (pouco usado no medievo), e a

²³ SALDANHA, 1987, p. 14.

²⁴ STRECK; MORAIS, 2008, p. 45.

²⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Constituição e Codificação: Primórdios do Binômio**. In: COSTA, Judith Martins- (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 56.

²⁶ SALDANHA, 1987, p. 14-15.

organização da ordem política nacional recorrerá precisamente às tendências do racionalismo burguês. Daí provêm novidades como o orçamento do Estado e a unificação administrativa, com seu pendor burocrático [...].²⁷

Porém, a soberania adotada na forma de Estado Absoluto fez concentrar todos os poderes e funções estatais nas mãos da realeza, acarretando em um comando exacerbado dos monarcas frente aos indivíduos e, até mesmo, em um modelo de “o Estado sou eu”²⁸, ou seja, a figura do Estado passou a ser confundida com a própria figura do rei. Desta forma, “as monarquias absolutistas se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade”.²⁹

Com o passar dos séculos, contudo, a classe burguesa ganha, cada vez mais, espaço e força, e, diante dos desmandos reais, busca ainda mais autonomia e liberdade para o exercício do comércio e da atividade econômica. Quando o poder absoluto passa a ser óbice aos seus interesses, os burgueses passam a defender ideais de liberdade e tolerância, bem como buscam a limitação dos poderes do rei:

*Quando el Estado absoluto deja de ser un elemento de apoyo al cambio y se convierte en una rémora y cuando otros factores como los religiosos (las guerras de religión serán una gran dificultad para el comercio), coincidan en dificultar el progreso del protagonismo de la burguesía propietaria y comerciante, se empezarán a producir las primeras formulaciones de la filosofía de los derechos fundamentales, en defensa de la tolerancia y de la limitación del poder absoluto.*³⁰

A burguesia, portanto, diante da força econômica adquirida e do poder decorrente, buscou limitar e descentralizar o poder monárquico, com embasamento em ideários de direitos fundamentais. Começa, assim, a surgir a noção de direitos, os quais serão a principal razão para a deflagração das revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII.

²⁷ SALDANHA, 1987, p. 15.

²⁸ STRECK; MORAIS, 2008, p. 45.

²⁹ STRECK; MORAIS, 2008, p. 45.

³⁰ “Quando o Estado absoluto deixa de ser um elemento de apoio à mudança e se converte em uma limitação, e quando outros fatores, como os religiosos (as guerras de religião serão uma grande dificuldade para o comércio), coincidem em dificultar o progresso do protagonismo da burguesia proprietária e comerciante, começarão a produzir as primeiras formulações da filosofia dos direitos fundamentais, em defesa da tolerância e da limitação do poder absoluto”. (PECES-BARBA, 1995, p. 118, tradução nossa).

1.2 Do Estado Moderno ao Liberal e do Estado Liberal ao Social: o Racionalismo, as Revoluções Liberais Burguesas, o surgimento do Estado de Direito e do Princípio da Separação dos Poderes

Cada vez mais as necessidades da sociedade e as pretensões burguesas requeriam a existência da figura estatal, mas como mera garantidora de direitos, quer dizer, um Estado com poderes de cunho não intervencionistas. As insatisfações da classe ascendente com o poder absoluto e ilimitado da monarquia vão delineando uma nova mentalidade e os anseios pela reformulação do Estado interventor vigente.

Assim, a gradual implantação de um modo urbano de vida, mais a ascensão da burguesia, mais a instauração do capitalismo, mais as alterações religiosas e mentais que vieram junto a tudo isto: estas coisas formam um panorama de transformações que estabelecem como que um novo *mundo*.³¹

É evidente que o Estado Absolutista representou um grande avanço para a sociedade moderna. Também assim, representou um modelo que, até determinado momento, assegurou a ascensão da classe burguesa e, dessa forma, a evolução econômica e da racionalidade dos indivíduos. Assim, os avanços de toda forma são inquestionáveis, porém, “como o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador”.³² Neste entendimento, o Estado defendido, em um primeiro momento, pela burguesia na origem do capitalismo, passa a ser o Estado por esta refutado.

Com base neste pensamento e na sua proliferação em meio à sociedade, o poder absoluto dos reis começa a ruir. Por exemplo, “uma das causas da substancial instabilidade política na Inglaterra no século XVII encontra-se na luta por ampliação ou limitação dos poderes do Estado, redefinindo as relações entre parlamento e monarca”³³, luta esta que será vencida por aqueles que buscam limitar e descentralizar o poder estatal, até então focado na figura do rei.

³¹ SALDANHA, 1987, p. 25.

³² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 41.

³³ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

Neste contexto, “há a defesa em Locke de um governo limitado e da divisão de poderes, elementos centrais para a *accountability* horizontal”.³⁴ Conforme o ideário liberal do filósofo, “busca-se impedir que todo o poder esteja concentrado nas mãos de uma pessoa ou órgão, impossibilitando por meio desse arranjo institucional a violação dos direitos naturais que o Estado deve preservar”.³⁵ É para tornar o poder *accountable* que a distribuição das funções estatais se torna cada vez mais necessária.

Assim, o sistema que mantinha o poder real para atender aos interesses econômicos burgueses passou a ser duramente questionado e criticado justamente por esta classe. Buscava-se limitar os poderes absolutos visando um Estado não interventor e descentralizador, que assegurasse a liberdade dos indivíduos, especialmente no que diz respeito às atividades comerciais e econômicas. Com isso, a ideia de direitos e sua garantia passam a ser a bandeira do final do Absolutismo, começando a caminhada para a passagem ao Estado Liberal e, acima disso, de Direito.

Em verdade, a classe burguesa, então detentora do poder econômico, passou a visar, também, o poder político, no intuito de transformá-lo em um “poder legal-racional”³⁶, e de modo a garantir seus privilégios e, cada vez mais, seu crescimento econômico.

Segundo o pensamento liberal, diante da realidade absolutista, o Estado, embora necessário com vistas à garantia da ordem, é um “fantasma que atemorizou o indivíduo”.³⁷ O poder de que o Estado deve dispor para assegurar a organização da sociedade representa, num primeiro momento, algo contrário à liberdade defendida. “A Sociedade representava historicamente, e depois racionalmente, com Kant, a ambiência onde o homem fruía de plena liberdade. O Estado e a soberania implicavam antítese, restringiam a liberdade primitiva”.³⁸ Fez-se necessário, portanto, encontrar uma forma de assegurar o direito à liberdade, sem maiores intervenções e limitações por parte do Estado.

As insatisfações foram manifestadas, sobretudo, pelos pensadores iluministas. “O novo modelo estatal é animado pelo Iluminismo humanista,

³⁴ ROBL FILHO, 2013, p. 33-34.

³⁵ ROBL FILHO, 2013, p. 35.

³⁶ STRECK; MORAIS, 2008, p. 51.

³⁷ BONAVIDES, 2014, p. 40.

³⁸ BONAVIDES, 2014, p. 40.

racionalista e individualista”.³⁹ O Iluminismo entende-se como o movimento atrelado ao processo de secularização cultural baseado no racionalismo que por ser “comprometido com um certo criticismo latente e também com o individualismo social pós-renascentista, lastreou a ideologia liberal e com ela o otimismo próprio das revoluções liberais (burguesas)”.⁴⁰

Com este movimento e sua ascensão aumentou, ainda mais, a crise e o descrédito sobre o Absolutismo. Neste sentido, “o filósofo francês Voltaire (1694-1778), por exemplo, era um árduo crítico à ideia do direito divino dos reis. Ele defendia limites ao poder do monarca e contestava a autoridade do clero”.⁴¹ No mesmo contexto:

A principal proposta de rompimento com o absolutismo monárquico partiu do aristocrata, jurista e filósofo francês Montesquieu (1689-1755). Na sua obra, o *Espírito das Leis*, ele defendeu e formulou a teoria da distinção e da separação de poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, fato que distinguiu as democracias contemporâneas tendo como marco inicial a independência dos Estados Unidos.⁴²

Da mesma forma, o filósofo contratualista Rousseau será “quem exercerá grande influência nos revolucionários franceses que inauguraram, em 1789, uma nova fase do Estado Moderno”.⁴³ Mas, “é em Locke que vemos a constituição inaugural do perfil do liberalismo político sustentando a necessidade da limitação do poder e das funções do Estado”.⁴⁴ O movimento iluminista, percebe-se, está diretamente atrelado aos ideais que deflagraram as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, as quais, por sua vez, são determinantes para a instalação do modelo de Estado que se pretende e para o estabelecimento e garantia dos direitos fundamentais que se almejam.

Neste sentido, diante desses novos ideais e da necessidade da instituição de um Estado organizado, regido por regras de submissão geral, inclusive e, mormente, de sujeição pelo próprio Estado, como forma de limitar o poder deste e garantir

³⁹ AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 56.

⁴⁰ SALDANHA, 1987, p. 33.

⁴¹ CARVALHO. **Crise do Absolutismo e do Mercantilismo**. In: *Mundo Educação*. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/crise-absolutismo-mercantilismo.htm>>. Acesso em: 27/12/2015.

⁴² CARVALHO. **Crise do Absolutismo e do Mercantilismo**. In: *Mundo Educação*. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/crise-absolutismo-mercantilismo.htm>>. Acesso em: 27/12/2015.

⁴³ STRECK; MORAIS, 2008, p. 51.

⁴⁴ STRECK; MORAIS, 2008, p. 52.

direitos à população, aproxima-se, cada vez mais, da instituição de uma forma estatal calcada na lei e na obediência geral à mesma. Mais adiante, passa-se à busca por “uma estrutura normativa a partir de uma ‘Constituição’ – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado”.⁴⁵ Acordo político este que, neste momento da história, visa a liberdade a ser assegurada pelo modelo estatal não controlador, não limitador, não interventor.

Nesse processo de busca pelo reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos, sobretudo de liberdade, e pela instalação de uma ordem calcada nas leis, as revoluções liberais tiveram papel determinante. Assim, “o Estado de Direito possui sua estrutura fincada nas Revoluções Burguesas: (a) Revolução Gloriosa na Inglaterra, (b) Revolução Norte-Americana e (c) Revolução Francesa. Essas revoluções também estabeleceram elementos centrais do constitucionalismo contemporâneo”.⁴⁶ Afirma-se seguramente que os ideais, concepções e princípios defendidos nas referidas revoluções, especialmente na Revolução Francesa, deram os rumos aos moldes estatais verificados nos dias de hoje na sociedade ocidental.

Isso se verifica com base no pensamento que motivou todo o período revolucionário, o qual reclamava “não só a adoção em todos os Estados do orbe de constituições escritas, documentais, mas que elas tenham como conotação o desiderato de impedir o arbítrio”⁴⁷, almejando, evidentemente, assegurar a liberdade dos indivíduos sob o manto protetor do Estado, base do constitucionalismo moderno, entendido como “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.⁴⁸

Em referência ao constitucionalismo, Maurizio Fioravanti apresenta com clareza os fins e fundamentos deste movimento doutrinário em sua contextualização histórica, afirmando que “*el constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite e de la garantía*”.⁴⁹

⁴⁵ STRECK; MORAIS, 2008, p. 51.

⁴⁶ ROBL FILHO, 2013, p. 32.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3-4.

⁴⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Organizzazione del potere e libertà. Storia des Costituzionalismo Moderno**. Torino, 1978 *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 51.

⁴⁹ “*O constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII tem se dedicado a recuperar no horizonte da constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia*”. (FIORAVANTI, 2001, p. 85, tradução nossa).

A primeira das revoluções, a Revolução Gloriosa Inglesa, faz nascer uma nova concepção de Constituição, associando “a ideia de Constituição a Governo com controle e com participação social”⁵⁰, ideia da qual decorre, em 1689, a adoção da carta de direitos inglesa, a *Bill of Rights*. “*De su elaboración, que parte de La Revolución Gloriosa y se desarrolla a lo largo de todo el siglo XVIII, emerge con fuerza esa figura de la forma de gobierno equilibrada y moderada que representará durante mucho tiempo en Europa el modelo constitucional por excelência*”.⁵¹

Em decorrência, o até então poder supremo, absoluto e incontestável da monarquia vai abrindo espaço a um novo modelo estatal perquirido pela sociedade inglesa, o qual requer um governo submetido a uma ordem normativa, isto é, justificado em ideários de legalidade. “Nasce assim a ideia de governo respaldada nas leis; surge o princípio da legalidade e da separação de poderes”.⁵² A desconcentração do poder permite surgir, assim, a divisão das funções estatais, o exercício das mesmas por diferentes “poderes” e o controle de pesos e contrapesos entre os mesmos.

Tais consequências decorrentes da Revolução Inglesa e da *Bill of Rights* tiveram dentre seus principais defensores e ideólogos John Locke, especialmente com seu “Dos tratados sobre o governo”, publicado em 1690, no qual apresenta sua principal contribuição para o constitucionalismo: a distinção entre poder absoluto e poder moderado.⁵³

Após a Revolução Inglesa, as outras duas grandes revoluções burguesas foram além no que diz respeito à instituição do Estado liberal e à separação das funções estatais. Mais do que isso, estas revoluções foram determinantes para o reconhecimento e garantia de direitos individuais fundamentais.

Nesse sentido, cronologicamente, tem-se primeiro a Revolução Norte-Americana e, posteriormente, a Revolução Francesa. Apesar disso, impõe-se inverter a ordem de estudo exatamente pelas conquistas e efeitos decorrentes de cada uma das duas em relação ao objeto do presente estudo.

⁵⁰ COSTA, Andréa Elias da. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 49.

⁵¹ “*De sua elaboração, que parte da Revolução Gloriosa e se desenvolve ao longo de todo o século XVIII, emerge com força essa figura da forma de governo equilibrada e moderada que representará durante muito tempo na Europa o modelo constitucional por excelência*”. (FIORAVANTI, 2001, p. 91, tradução nossa).

⁵² COSTA, Andréa Elias da. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 49.

⁵³ FIORAVANTI, 2001, p. 91-93.

Fundada em ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa “retoma a noção de legalidade, de separação de poderes, mas faz algo diferente com os direitos e garantias fundamentais, algo que a Revolução Inglesa não conseguiu fazer: torna-os universais”.⁵⁴ O reconhecimento da universalidade dos direitos e garantias, fazendo estender sua proteção a todos os indivíduos, diz respeito ao maior legado deixado pelo revolucionário francês.

Especialmente com Montesquieu propaga-se a defesa da garantia e universalização dos direitos dos indivíduos, especialmente os de liberdade, os quais, confirmando-se a tese de Locke, “*solo pueden existir dentro de un régimen político moderado, dotado de una constitución igual o semejante a la inglesa*”⁵⁵, conforme admitido expressamente pelo filósofo francês: “a liberdade política se encontra nos governos moderados”⁵⁶, tendo-se em mente que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.⁵⁷

Com base nisso é que se afirma que “em suma, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa”.⁵⁸ Diante disso, é a partir das conquistas desta revolução que surge o primeiro modelo, ainda inicial, de Estado de Direito.

Por sua vez, a Revolução Norte-Americana, que marca a independência do Estado americano em relação ao domínio inglês, ocorrida em 1776, ganha elevada notoriedade diante de sua fundamental importância para o constitucionalismo. Neste sentido, considerando que as outras duas revoluções deixaram relevante legado, especialmente em relação à Constituição em sentido material, ou seja, estruturadora do Estado e do governo e asseguradora de direitos e garantias fundamentais, a Revolução Estadunidense merece especial destaque por ter ido além, uma vez que manteve e buscou aprimorar as conquistas relacionadas ao Estado e aos direitos, além de ter sido diretamente responsável por outras inovações.

Os Americanos mantiveram a concepção de legalidade, de direitos e garantias fundamentais em seu aspecto universal e da separação de

⁵⁴ COSTA, Andréa Elias da. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 50.

⁵⁵ “*Somente podem existir dentro de um regime político moderado, dotado de uma constituição igual ou semelhante à inglesa*”. (FIORAVANTI, 2001, p. 98, tradução nossa).

⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166.

⁵⁷ MONTESQUIEU, 2000, p. 166.

⁵⁸ BONAVIDES, 2014, p. 42.

poderes, mas houve um aprimoramento das funções, desses poderes, pois eles desconcentraram os poderes e descentralizaram as funções. Criaram os Estados membros, criaram a federação, o que pluralizou os entes estatais dotados desses poderes. O federalismo é uma descentralização da desconcentração do Estado.

Os Americanos criaram ainda definitivamente a noção de República, pois romperam com a monarquia. [...] eles criaram uma República Presidencialista que pugnava por um governo com mandato temporário e com uma precisa separação das funções.⁵⁹

Percebe-se a devida importância dada à separação ou descentralização das funções estatais como forma de retirar o poder das mãos de um só e atribuí-lo a diferentes instituições, visando evitar o arbítrio, confirmando-se o pensamento também propagado nos ideários inglês e francês de necessidade de moderação do poder.

Porém, a maior conquista decorrente do revolucionário norte-americano diz respeito à evolução do sentido material da Constituição, até então tratado pelas demais revoluções, para um sentido formal, o que faz surgir a noção de controle de constitucionalidade. Neste aspecto destaca-se o lema sobre o qual nasceu a Revolução Norte-Americana: de oposição da Constituição frente à lei do Parlamento:

Así, en lãs deliberaciones de la asamblea de Virginia de 30 de mayo de 1765 podemos leer que el acto impositivo de tributos por parte del parlamento inglés debe considerarse “ilegal, inconstitucional e injusto”. Es la primera vez que el término-concepto de “constitución” es adoptado contra la ley en sentido plenamente normativo con la explícita intención de considerar esa ley inválida, no generadora de una obligación legítima.⁶⁰

Percebe-se aí uma clara inovação advinda desta revolução, de contestação do conteúdo de lei elaborada pelo Parlamento frente às disposições constitucionais, ao que se atribui a origem mais remota do controle de constitucionalidade, o qual será aplicado na prática e ganhará notoriedade no julgamento do famoso caso *Marbury v. Medison*, no ano de 1803.

O caso, julgado pelo Juiz *John Marshall*, da Suprema Corte norte-americana, decidiu que, em caso de conflito entre aplicar uma lei ou aplicar a Constituição sobre um caso concreto, por ser hierarquicamente superior, deve-se sobrepor a aplicação

⁵⁹ COSTA, Andréa Elias da. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 50.

⁶⁰ “Assim, nas deliberações da assembleia de Virgínia de 30 de maio de 1765 podemos ler que o ato impositivo de tributos por parte do parlamento inglês deve considerar-se ‘ilegal, inconstitucional e injusto’. É a primeira vez que o termo-conceito de ‘constituição’ é adotado contra a lei em sentido plenamente normativo com a explícita intenção de considerar essa lei inválida, não geradora de uma obrigação legítima”. (FIORAVANTI, 2001, p. 104, tradução nossa).

da norma constitucional.⁶¹ A decisão da Suprema Corte americana inaugura o chamado controle difuso de constitucionalidade, primeira espécie do amplo sistema de controle que, hoje, vigora de maneira geral nos Estados Democráticos de Direito.

O legado revolucionário americano e a independência alcançada resultaram em um importante debate, que praticamente encerra este ciclo no final do século XVIII, travado entre “federalistas” e “antifederalistas”, que resulta em relevantes elementos para o constitucionalismo. O Estado independente e todo o povo – liberais, radicais, conservadores – viam a necessidade do estabelecimento de uma Constituição, diante da crise econômica e da falta de autoridade pública consolidada e estável, porém havia acirrada divergência sobre as disposições e decisões políticas a constituírem a referida Constituição.⁶² Neste sentido:

Havia os que lutavam por uma Constituição voltada a potencializar a voz das maiorias; havia os que queriam orientá-la, especialmente, a garantir a situação dos grupos minoritários; ao mesmo tempo, quase todos queriam utilizá-la como forma de reorganizar a distribuição de poderes entre o governo central e os diferentes estados. Isso explica o fato de que nem todos dessem o seu consentimento diante da Constituição elaborada pela Convenção Federal de 1787. Aqueles que, ao finalizar a Convenção, a aprovaram, ficaram definitivamente com o nome de federalistas. Enquanto que os que se negaram a respaldar o novo texto com a sua firma foram chamados de antifederalistas. Também receberam esse mote, por extensão, aqueles que foram críticos do texto aprovado.⁶³

Em defesa da Constituição, “O Federalista” é a compilação de uma série de matérias jornalísticas, composta de 77 artigos, acessíveis ao entendimento geral de todas as classes, escritas por John Jay e, sobretudo, por Alexander Hamilton e James Madison, no intuito de orientar e convencer os cidadãos nova-iorquinos da necessidade de ratificação do texto constitucional como pré-requisito de sua aprovação⁶⁴.

Os escritos, que tinham como maior preocupação a aceitação popular da Constituição e a aprovação desta para conter a ação dos chamados “grupos facciosos”, ou seja, grupos majoritários que atuavam contrariamente aos interesses

⁶¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 318.

⁶² GARGARELLA, Roberto. **Em nome da Constituição: O legado federalista dois séculos depois**. In: *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx* Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>. 2006. p. 169.

⁶³ GARGARELLA, 2006, p. 169-170.

⁶⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Hiltomar Martins Oliveira (Trad.). Belo Horizonte: Líder, 2003.

da comunidade e dos direitos dos cidadãos, além de terem alcançado o objetivo imediato de respaldo favorável à Constituição, “atravessaram toda a história da teoria política e constitucional e continuam representando hoje um material de consulta indispensável para aqueles que estão preocupados por questões de desenho institucional”.⁶⁵

O pensamento federalista era fundamentado na defesa de um Estado federal, sob um modelo, estruturado na representação, de república democrática moderna, na qual, em última análise, o povo deve ser soberano; a estruturação na separação dos Poderes com *accountability* horizontal, ou seja, independentes, porém sujeitos a controles recíprocos (*checks and balances*); a concepção de supremacia constitucional e o exercício de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, o que requeria uma maior garantia aos magistrados, como estabilidade no cargo e irredutibilidade dos honorários; e o estabelecimento e garantia de direitos aos indivíduos e dos interesses da comunidade, em objeção a interesses privados.⁶⁶

Ante o legado decorrente das revoluções burguesas e das ideias, pensamentos e doutrinas fundadas em seus ideários, afirma-se o constitucionalismo moderno, calcado nos elementos essenciais de limitação do poder estatal e de declaração de direitos fundamentais da pessoa humana.

Neste sentido, “surge o Constitucionalismo moderno, que na sua primeira vertente inaugura o Estado de Direito, rompendo com o Estado de Política. Antes preponderava o ‘governo’, depois das Revoluções passa-se a ter preponderância do ‘direito’. O direito passa a ser norte da política”.⁶⁷ O Direito passa a ser, assim, disciplina que estrutura e conduz o Estado, que limita os poderes deste, atribuindo o exercício das funções a diferentes pessoas, e que garante os direitos fundamentais aos indivíduos.

Desta noção, “emerge, então, o *constitucionalismo*, movimento político-ideológico que visava – como o próprio nome sugere – a elaboração de uma Constituição, entendida como conjunto de normas jurídicas que institucionaliza o poder. Mais: institucionaliza-o para limitá-lo”⁶⁸, e para controlá-lo e, assim, torná-lo *accountable*.

⁶⁵ GARGARELLA, 2006, p. 174.

⁶⁶ ROBL FILHO, 2013, p. 37-45.

⁶⁷ COSTA, Andréa Elias da. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 51.

⁶⁸ AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 56.

A noção de um Estado regulado pelo Direito, “compreendido como o Estado que se encontra limitado pela própria normatividade que edita”⁶⁹, no sentido de regras de limitação ou de controle do poder estatal e de estabelecimento de direitos individuais, com base em uma norma suprema, ganha força e espaço, e vai fincando raízes de modo definitivo na realidade social, enfraquecendo o poder absoluto do rei e fazendo ascender outra função estatal, a do parlamento, isto é, do legislador.

Nessa seara, “na história institucional inglesa com o respaldo do pensamento de Locke, ocorreu uma grande valorização do papel do parlamento e a redução das funções e competências do monarca”.⁷⁰ A ideia da necessidade de distribuir o poder entre diferentes instituições instala-se na mentalidade da época, e o controle sobre as ações estatais perante os indivíduos passa a ser exercido não somente por estes, mas, também e sobretudo, por outros entes estatais.

Sob esse novo cenário de evidência legislativa, acredita-se que a instituição de mandamentos legais leva a um controle dos poderes estatais, já que estes devem observar obrigatoriamente as regras existentes, devendo, assim, respeitar os direitos individuais e prestar contas de seus atos. Da mesma forma, com a determinação legal e o reconhecimento da separação dos poderes, é possível que os poderes fiscalizem e controlem os demais. Segundo Montesquieu, a limitação do poder estatal decorre, além da honra nas monarquias, também das leis e da separação dos poderes.⁷¹

Também seguindo os ideais iluministas e na mesma linha de pensamento, Rousseau valoriza a função legislativa e o produto de sua atuação. Segundo o mesmo, a lei representa a vontade geral das pessoas, devendo seu conteúdo passar pela análise e “aprovação” desta vontade.⁷² Para o filósofo suíço, “a vontade geral e a visão do Legislativo como soberano poderiam ser acomodadas institucionalmente sem lesão ao princípio da separação dos poderes e aos direitos naturais”.⁷³ Isso porque “é necessário, pois, haja convenções e leis para unir os direitos aos deveres e encaminhar a justiça a seus objetivos”.⁷⁴ Tal visão, contudo, “foi rapidamente

⁶⁹ CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 101.

⁷⁰ ROBL FILHO, 2013, p. 35.

⁷¹ MONTESQUIEU, 2000, p. 26-28.

⁷² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 2005. p. 111.

⁷³ ROBL FILHO, 2013, p. 40.

⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Ridendo Castigat

revista pela concepção dos Federalistas sobre a separação dos poderes com *checks and balances*".⁷⁵

Segue-se, então, a elaboração de todo um aparato normativo, que é construído, justamente, com fundamento de validade nas constituições. Em não poucos países, ganham destaque, dentre as diversas normas que encontram fundamento de validade na Constituição, os *códigos*. Destaque esse, em regra, maior do que o do próprio texto constitucional.⁷⁶

Em decorrência dessa nova tendência legislativa, "ao longo de todo o *Ancien Régime* verificou-se a existência de uma pluralidade de fontes jurídicas, isto é, completa ausência de unidade de fontes e de coerência entre as leis vigentes em uma dada esfera espaço-temporal [...]".⁷⁷ A elaboração desenfreada e a falta de unidade entre as leis elaboradas podem retirar seus motivos do pensamento rousseauiano, de ver na lei a irrestrita vontade do povo, sendo manifestação do querer deste, sem se importar com aspectos de competência, de limites, de destinatários, dentre outros:

[...] vê-se imediatamente não mais ser preciso perguntar a quem compete fazer as leis, pois que elas constituem atos da vontade geral; nem se o príncipe se encontra acima das leis, pois que ele é membro do Estado; nem se a lei pode ser injusta, pois que ninguém é injusto consigo mesmo; nem em que sentido somos livres e sujeitos às leis, pois que estas são apenas registros de nossas vontades.⁷⁸

Além disso, dentre as principais razões que ocasionaram essa legislação exorbitante e, até mesmo, inadequada, está a cada vez maior ascensão da classe burguesa com a passagem do período absolutista para a construção do Estado liberal. Isso porque:

A burguesia, sequiosa por consolidar suas conquistas, logo percebe o valor político do jurídico e o utiliza, habilmente, em seu proveito. [...] Os novos donos do poder, compreendendo a importância do Direito, chamam para si a produção legislativa, estabelecendo um rígido monopólio sobre a mesma.⁷⁹

Mores. E-book. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. p. 51-52.

⁷⁵ ROBL FILHO, 2013, p. 40.

⁷⁶ AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 57.

⁷⁷ AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 58.

⁷⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Ridendo Castigat Mores. E-book. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. p. 53-54.

⁷⁹ AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 58-59.

Porém, embora a ascensão do parlamento em detrimento do absolutismo tenha favorecido a descentralização do poder, com a atribuição das funções estatais a diferentes instituições, bem como o surgimento das normas jurídicas reguladoras das relações sociais e limitadoras da vocação intervencionista do Estado, esta ascensão legislativa se confunde com a tomada do poder pela burguesia, haja vista que o parlamento era constituído de burgueses e representantes destes. Assim, o Estado de Direito, calcado em uma Constituição e nas leis, formava-se, contemporaneamente à formação do Estado Liberal, com intuito de forma a favorecer, primordialmente, os interesses de determinadas classes.

Diante disso, da mesma forma como ocorrera com as monarquias no período absolutista, a atribuição do poder de forma predominante e com maior evidência ao Poder Legislativo, igualmente, levou a uma exacerbação de seu exercício, com exagero na codificação e, logo, ao abuso de suas competências, restando necessário, posteriormente, já no século XIX, preocupar-se com a limitação da função do respectivo poder.

Em outras palavras, foi necessário repensar o controle dos atos do legislador por outros agentes, tema da *accountability* horizontal. Como um dos principais temas do Estado de Direito constitui-se na limitação do poder político, Dicey no século XIX enfrentará a limitação do poder do parlamento por meio da concepção de *Rule of Law*.⁸⁰

A *rule of law* remete à formação do Estado de Direito inglês, através do qual se buscava, em última análise, a autoridade do governo exercida com observância das leis existentes. Segundo Dicey, a *rule of law* foi centrada em três ideais. O primeiro ideal afirma que nenhum cidadão pode ser punido sem que haja lei que preveja a conduta como ilícita e sem a observância do procedimento previsto; o segundo ideal intenta a concretização da igualdade formal jurídica; e o terceiro ideal proclama que as liberdades e direitos individuais decorrem de uma construção histórica e social, o que facilita a eficácia social destes valores.⁸¹

Apesar disso, inegável é a grande contribuição dada por este período baseado no princípio da legalidade para a consolidação do Estado de Direito, o qual, como já referido, “pega carona” com o liberalismo estatal. O Estado “abstencionista,

⁸⁰ ROBL FILHO, 2013, p. 35.

⁸¹ DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of constitution**. 5. ed. London: Macmillan and Co., 1897. p. 107-123.

neutro ou de mínima intervenção”⁸² traz o legado “de um governo justo, fundado sobre três eixos, ou pilares: a legalidade, a separação dos poderes e os direitos individuais”⁸³, desenho estatal que se verifica até os dias de hoje.

Em verdade, o império dos códigos não chegou a vigorar plenamente como se vislumbrou inicialmente.⁸⁴ Nesse diapasão, alguns fatores foram determinantes para tanto, dentre os quais se podem citar: a falência do código oitocentista, ocasionada por razões de ordem histórica, filosófica, política, jurídica, cultural e sociológica; a nova face do Estado como Estado social, o que ensejou o fortalecimento estatal e impulsionou o direito público, atribuindo maior ênfase à Constituição, com o conseqüente enfraquecimento dos códigos; e o processo de decodificação, com prevalência da Constituição e surgimento de muitas leis extravagantes, haja vista a necessidade de disciplinas específicas diante da complexidade das novas relações sociais.⁸⁵

A exacerbação da função legislativa em busca de satisfazer as vontades somente de determinadas classes, leva a um movimento da sociedade no sentido de frear essa função ilimitada. A classe mais baixa, proletária, na mesma direção, passa a reivindicar por melhores condições de vida e de trabalho, questionando a forma de tratamento recebida da classe burguesa.

Em decorrência disso, como forma de solucionar tais problemas, novamente o Estado volta a ganhar força, no sentido de limitar o poder de classes determinadas e de proteger as classes mais fracas das injustiças e desigualdades cometidas. Nesse sentido, “na atenuação dessa influência ou do domínio que a burguesia outrora exerceu incontestavelmente é que se distingue também o Estado liberal do Estado social”.⁸⁶ Aos poucos, a noção de um Estado Social vai tomando o espaço do Estado Liberal vigente, com maior centralização política e administrativa estatal, o que leva a uma pacificação entre os interesses relacionados ao capital e ao trabalho.

⁸² SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Estado Democrático de Direito**. In: HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 397.

⁸³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Estado Democrático de Direito**. In: HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 397-398.

⁸⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. **O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. In: Revista Ajuris, n. 40. Porto Alegre: Ajuris, 1987. p. 147.

⁸⁵ ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. **Constituição e Codificação: a dinâmica atual do binômio**. In: COSTA, Judith Martins- (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 73-76.

⁸⁶ BONAVIDES, 2014, p. 184.

À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital.⁸⁷

A gradual superação do Estado Liberal, calcado em ideais de liberdade, com a conseqüente instalação do Estado Social, também chamado de Estado-Providência, diferentemente do que se pode pensar, não restringiu o direito à liberdade, pelo contrário, disciplinou de forma mais adequada a liberdade e a estendeu às demais classes menos favorecidas. O que ocorre é que a noção de liberdade recebe uma nova interpretação, e o direito passa a ser tutelado e controlado de forma mais direta pelo Estado, no sentido de ampliar sua incidência subjetiva e de limitar determinadas ações abusivas sob o pretexto de uma liberdade.

Mais do que a liberdade, sobretudo no pós-guerra, grande parte dos países europeus passou a contemplar um maior rol de direitos fundamentais em seus textos constitucionais, em especial os chamados direitos sociais. O Estado passa a intervir mais na economia visando garantir tais direitos, ampliando sua atuação nos serviços públicos.

Por consequência, em detrimento da função legislativa, até então mais atuante, ganha maior evidência com a instalação do Estado Social a função administrativa exercida pelo Poder Executivo, garantidor da liberdade tutelada e provedor de direitos sociais fundamentais, pelos quais o Estado passa a assumir a responsabilidade constitucionalmente perante a população. Além da sua função típica em maior evidência, o Poder Executivo, ainda, toma para si, “furta” parte da função legiferante do Poder Legislativo para fazer realizar os anseios gerais sem depender da vontade e atuação de outro órgão.

Dessa forma, “temos o Estado social surgindo da *transformação* de governos liberais em regimes intervencionistas, geralmente através de programações e planos econômico-sociais que exigem do Poder Executivo uma exorbitação de suas atribuições clássicas”⁸⁸, para atender necessidades não atendidas pelo liberalismo.

Com a ascensão do Estado Social, gradativamente são instaurados os chamados direitos fundamentais de 2ª dimensão, compreendidos como direitos que

⁸⁷ BONAVIDES, 2014, p. 185.

⁸⁸ SALDANHA, 1987, p. 62.

exigem um agir positivo do Estado frente aos indivíduos⁸⁹, ou seja, uma intervenção estatal direta na garantia e satisfação de tais direitos, especialmente através de ações, escolhas e decisões políticas advindas do Executivo.

Acerca dos direitos compreendidos por esta espécie de direitos fundamentais e da intervenção estatal necessária à sua implementação, Paulo Bonavides os enquadra com clareza, definindo, por consequência, a espécie de Estado que foi se instaurando, senão vejamos:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.⁹⁰

Percebe-se que há evidente evolução dos direitos dos indivíduos e da sociedade, e, junto disso, maior proteção estatal em favor das pessoas, especialmente no que atine à função administrativa.

Todavia, junto à evolução das sociedades e das suas necessidades, bem como diante da ampliação dos direitos constitucionalmente assegurados, rapidamente crescem as situações de conflitos entre as classes, entre os cidadãos e entre estes e o Estado, não tendo, em muitos casos, as leis e a própria Administração Pública capacidade de prever e fornecer solução para todos estes conflitos.

Nestas situações conflituosas, merecem destaque as decorrentes do não cumprimento estatal das promessas de implementação dos direitos de bem-estar, isto é, os conflitos entre os indivíduos credores e o Estado devedor dos referidos direitos sociais.

Neste sentido, acaso tais direitos não fossem efetivamente garantidos ou satisfeitos poderiam os cidadãos fazer valer as Cartas Constitucionais através do

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 47-48.

⁹⁰ BONAVIDES, 2014, p. 186.

órgão estatal com a atribuição de resolver, imparcialmente e com potencial de definitividade, os conflitos de interesses. Surge, então, a necessidade de se atribuir maior evidência ao órgão competente para solucionar as controvérsias que as leis e o Estado gerente não podiam compor.

É, portanto, a partir do Estado Social, especialmente no século XX, que passa a ganhar maior prevalência a atuação do órgão jurisdicional. “Enquanto o Judiciário no Estado liberal é aplicador de regras gerais tendentes a garantir o livre jogo das forças sociais, o Judiciário no Estado social é preponderantemente funcional”.⁹¹

O Judiciário passa a experimentar, assim, gradualmente, o protagonismo das funções estatais, com atribuição para resolver tais situações conflituosas, bem como para realizar o controle da constitucionalidade das leis e o controle sobre a atuação dos demais Poderes, de forma a coibir os exageros antes verificados e fazer valer a ordem jurídico-constitucional. Nesse sentido, pertinente o pensamento defendido pelos Federalistas:

Há aqui a introdução da concepção de supremacia constitucional e o estabelecimento de que cabe ao Poder Judiciário nos casos concretos apresentados à jurisdição exercer o controle de constitucionalidade. Tratava-se, na leitura dos Federalistas, de uma medida necessária para estabelecer a limitação dos poderes, assim como um mecanismo de garantia da vontade popular.⁹²

A partir daí, a ascensão do Poder Judiciário é contínua e, cada vez mais, crescente, alcançando, nos dias atuais, uma atuação tão intensa, ativa e decisiva na resolução de conflitos, no controle da constitucionalidade das leis e no controle e fiscalização sobre os outros dois poderes, a ponto de ser questionada, no sentido de estar ou não dentro dos limites de sua competência, chegando-se a cogitar, até mesmo, em uma violação ao princípio da separação dos poderes.

Embora esta temática compreenda o objeto de estudo, mais propriamente, dos próximos capítulos, importante referir aqui fundamental constatação acerca da nova condição funcional assumida pelo Judiciário:

[...] no Estado social, o Judiciário deixa, em parte, de ser um “sereno” arbítrio dos conflitos sociais para assumir a posição de partícipe da realização das políticas estatais, aplicando não só a lei geral e abstrata

⁹¹ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 133.

⁹² ROBL FILHO, 2013, p. 44.

elaborada pelo Legislativo com o fim de manter o “status quo”, como também as normas técnicas e de planificação formuladas pelos órgãos tecnocráticos do Executivo, tendo por escopo interferir no curso da realidade para criar novas situações econômico-sociais.⁹³

Hoje, o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, voltado à garantia e realização dos direitos fundamentais dos indivíduos, como forma de atender ao fundamento da dignidade da pessoa humana, modelo no qual o Judiciário possui protagonismo.

O Estado Democrático de Direito supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito. (...) A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito.⁹⁴

Legítima ou não, o que se buscará verificar mais adiante, a nova realidade político-social impõe uma ação jurisdicional mais ampla, participativa e concretizadora dos direitos que o Estado se obrigou a garantir aos indivíduos, submetendo, inclusive, os demais Poderes a este cumprimento.

É em decorrência de todo esse contexto histórico brevemente transcorrido acima que o Estado Democrático de Direito se incorpora definitivamente na sociedade, trazendo como fundamentos constitucionais essenciais os direitos e garantias fundamentais, o controle de constitucionalidade e o princípio da separação dos poderes.

1.3 O Princípio da Separação das Funções Estatais como condição para o surgimento do Constitucionalismo

O surgimento do Estado de Direito e o constitucionalismo deram espaço à aparição de diversos princípios que serviram e servem de base para a formação e a evolução das sociedades. Destes princípios, um, em especial, apresenta-se ainda mais fundamental à consecução das limitações do poder do Estado e do controle recíproco entre as funções estatais existentes, fins primordiais do constitucionalismo dos séculos XVII e XVIII, qual seja, o princípio da separação dos poderes.

⁹³ ROCHA, 1995, p. 133.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 53-54.

Nesse sentido, “não há, nem pode haver, Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal, evidentemente, é uno”.⁹⁵ O único e legítimo detentor do poder em um Estado Republicano Democrático de Direito é o povo, cabendo, tão somente, a atribuição e divisão do exercício das funções estatais entre diferentes instituições, constitucionalmente criadas e formadas por representantes do titular único do poder e, portanto, manifestando a vontade geral deste. “O povo é admirável quando escolhe aqueles aos quais deve delegar uma parte de sua autoridade”.⁹⁶

Em relação à forma republicana de governo, Rousseau ensina que é “república todo Estado regido por leis, independente da forma de administração que possa ter; porque então somente o interesse público governa, e a coisa pública algo representa. Todo governo legítimo é republicano”.⁹⁷ A legitimidade do governo e, assim, dos Poderes, portanto, está atrelada à representação dos interesses públicos na gestão da coisa pública.

Já em referência ao regime democrático de governo, a democracia, definida como o poder do povo, no modelo liberal vigente, “tinha como vigas mestras os valores liberdade e igualdade, aquela no viés de autonomia do comportamento individual, esta no viés de igualdade perante a lei ou isonomia, com a supressão de privilégios e abertura de iguais oportunidades para todos”.⁹⁸

Resta claro que a separação dos poderes é princípio necessariamente vigente em Estados que adotem os modelos republicano e democrático como, respectivamente, forma e regime de governo. O referido princípio, nesse sentido, requer a manutenção da titularidade do poder para o povo, atribuindo somente as funções estatais a diferentes órgãos exatamente como forma de garantir os direitos fundamentais aos indivíduos e de assegurar essa manutenção através de controles de poder recíprocos.

A separação das funções estatais, mesmo que concebida antes, ganha corpo, sobretudo, a partir da instalação do Estado Liberal democrático constitucional,

⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 133.

⁹⁶ MONTESQUIEU, 2000, p. 20.

⁹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Ridendo Castigat Mores. E-book. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. p. 54.

⁹⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **A Federação a serviço da Democracia e do Estado de Direito**. In: HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 222.

período no qual se propagou a necessidade de um Estado que tivesse como base um sistema de garantias, sendo uma das principais a própria separação de poderes. “Separar entre si as partes ativas do governo seria um corretivo ao poder absoluto, e portanto ao tipo de Estado que o liberalismo combateu e que precisou ser combatido para que se chegasse ao constitucionalismo e ao Estado de Direito”⁹⁹, persistentes e em plena evolução até os dias atuais.

Já em meio às revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII, como visto, diversos pensadores se destacaram no sentido de defenderem uma “restrição do poder político, isto é, tornar o poder *accountable*”¹⁰⁰, por meio, mormente, da distribuição das funções do Estado, dentre os quais se destacam Edward Coke, John Locke, Charles Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau. Para estes e, sobretudo, em Montesquieu, “um dos elementos centrais do Estado Democrático de Direito encontra-se no princípio da separação dos poderes”¹⁰¹, ou seja, somente com a descentralização do poder e com a atribuição das funções estatais a diferentes órgãos é possível haver controle sobre o Estado de forma a evitar abusos e arbitrariedades e, assim, falar-se em Estado de Direito.

Desse modo, “a necessidade de prevenir o arbítrio, ressentida onde quer que haja apontado a consciência das individualidades, leva à limitação do poder, de que a divisão do poder é um dos processos técnicos e, historicamente, dos mais eficazes”.¹⁰² Neste intuito foi concebida a separação das funções do Estado, no sentido de divisão funcional do poder político, esboçada, inicialmente, por Aristóteles no seu texto *Política*, ganhando a formulação de uma teoria da separação dos poderes estatais em John Locke, e aprofundada e consagrada por Montesquieu em seu clássico *O Espírito das Leis*.

Conforme já dito, embora tenha recebido influências e ganhos pretéritos, a se referir desde o “pensamento político grego e a experiência da *polis*”¹⁰³, a análise do constitucionalismo parte das formulações de John Locke, em sua obra “Segundo Tratado do Governo Civil”, e ganhando maior reconhecimento na obra fundamental de Montesquieu.

⁹⁹ SALDANHA, 1987, p. 114.

¹⁰⁰ ROBL FILHO, 2013, p. 35.

¹⁰¹ ROBL FILHO, 2013, p. 36.

¹⁰² FERREIRA FILHO, 2009, p. 134.

¹⁰³ SALDANHA, 1987, p. 89.

Na primeira formulação, o filósofo inglês propôs a separação das funções estatais em três Poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo. O primeiro, responsável pela edição das leis; o segundo, voltado à execução das leis; e o terceiro, como uma face do Poder Executivo, atrelado a relações externas ou internacionais do governo¹⁰⁴. Locke, como se vê, não faz menção à função jurisdicional, função a qual relacionava ao âmbito do Poder Legislativo¹⁰⁵, circunstância que acarreta em uma maior aproximação da teoria de separação dos poderes de Montesquieu à realidade do constitucionalismo moderno, uma vez que este reconhece a existência do Poder Judiciário como órgão independente. Talvez essa seja a principal razão que leva à atribuição, por muitos, da titularidade da doutrina ao filósofo francês.

Em sua célebre obra, Montesquieu tentou a criação de uma teoria política, e ateu-se, especialmente no Livro XI, à formulação de sua teoria da separação baseada na existência de três poderes, independentes e com distintas e harmonizadas funções: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, representando este o seu maior legado.

Como se vê, “o fundamental na teoria montesquiana foi aliar à identificação de determinada função estatal, além de seu desempenho por um poder específico do Estado, a recomendação de que não fossem atribuídas a mais de um poder cada função”.¹⁰⁶ Cada poder, portanto, teria sua função, sem poder exercer outra que não sua função e sem invadir a função atribuída a outro poder. Neste entendimento, para Montesquieu, o Poder Judiciário, “se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.¹⁰⁷

O Poder Legislativo montesquiano era de cunho representativo e, através da lei, manifestava a vontade geral do povo, ditando, de certa forma, o agir dos demais Poderes, haja vista o elevado valor atribuído ao mesmo pelo filósofo francês. O Poder Executivo, primordialmente, detinha a função de execução das leis, além de

¹⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 265-266.

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, 2015, p. 265.

¹⁰⁶ BEÇAK, Rubens. **A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a Judicialização da Política**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, 2008. p. 329.

¹⁰⁷ MONTESQUIEU, 2000, p. 168.

outras atribuições políticas e diplomáticas. Já o Judiciário, embora elevado a função independente por Montesquieu, possuía agir restrito, limitado à aplicação das leis¹⁰⁸.

Mediante essa disposição, e com base nas previsões da Constituição Inglesa, a qual utilizou como parâmetro para a criação de sua teoria, o Barão de La Brède buscou construir uma estrutura de limitação do poder absoluto estatal e de garantia à liberdade dos indivíduos, sendo que “não há liberdade alguma se o poder judiciário não for separado do poder legislativo e do executivo”¹⁰⁹, objetivos estes buscados pelos ideais revolucionários no intuito de abrir espaço aos anseios liberais ascendentes.

Assim, Montesquieu, ao defender sua teoria, buscava o equilíbrio entre os poderes, sob um modelo de governo moderado, sendo que, para tanto, “precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro”.¹¹⁰ Desde a concepção do modelo de separação de poderes houve a preocupação em não só descentralizar o poder e repartir as funções, mas, também, em buscar o controle do exercício das mesmas, pois, ao atribuir independência a um poder, temia-se o abuso, a arbitrariedade, o exagero. Uma limitação era necessária, a qual deveria partir de um controle recíproco entre os próprios órgãos, surgindo aí a noção de harmonização entre os poderes.

Especificamente em relação ao Poder Judiciário pensado por Montesquieu, guardando alguma semelhança com o pensamento de Locke e se distanciando do modelo atualmente em vigor, aquele entende que, embora tal poder detivesse independência em relação aos demais, a função jurisdicional estaria diretamente relacionada ou limitada pelo Poder Legislativo, já que, segundo o filósofo, e, também aqui, aproximando-se do pensamento rousseauiano, a função seria a boca que pronuncia a lei.¹¹¹

Ademais, o Judiciário de Montesquieu sequer teria uma estrutura permanente, pois deveria ser exercido por pessoas do povo, durante determinados períodos, enquanto necessário fosse, com base no estabelecido na lei, diferentemente da

¹⁰⁸ MONTESQUIEU, 2000, Livro XI, p. 165-196.

¹⁰⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Edson Bini (Trad.). São Paulo: Edipro, 2004. p. 191.

¹¹⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

¹¹¹ MONTESQUIEU, 2000, p. 168-172.

estrutura já reconhecida e assegurada aos Poderes Legislativo e Executivo. Neste sentido, “o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei”.¹¹²

Dessa forma, resta claro que, conquanto a jurisdição não estivesse subordinada a nenhum outro Poder, a função detinha papel secundário na formulação montesquiana, de um simples aplicador dos comandos legislativos, fato que é plenamente compreensível se analisado o contexto vigente, de constante crescimento do liberalismo, sendo a legislação criada com este propósito, devendo o Judiciário, tão somente, ratificar e apoiar essa expansão.

O princípio da legalidade é a base fundamental do ordenamento, servindo aos ideais liberais, motivo pelo qual o Poder Legislativo experimenta, nessa época, sua maior evidência frente às demais funções estatais. Mesmo que o filósofo não reconheça a existência de uma hierarquia entre os Poderes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma se tratar de uma supremacia do Legislativo¹¹³, que restará consolidada, de forma ainda mais evidente, no século XX, no pós-guerra, com influência do chamado *Welfare State*.

De qualquer forma, já e mesmo nesse contexto fortalece a ideia de que “a separação de poderes, portanto, era o meio de assegurar-se a limitação do próprio poder (objeto da legalidade e garantia dos direitos), mediante o seu controle (*accountability*) horizontal (entre eles) e vertical (promovido pela sociedade)”.¹¹⁴ Sem a garantia do princípio parece impossível sustentar-se qualquer ordem democrática e constitucional. Nesse sentido, mesmo afirmando que a função legiferante preponderava em relação às demais funções, Montesquieu previu alguns mecanismos de controle do próprio Legislativo, a citar a função do Poder Executivo de “faculdade de estatuir ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem”¹¹⁵, similar ao veto presidencial que se tem hoje, justamente para aquele Poder não possuir função irrestrita e ilimitada.

¹¹² MONTESQUIEU, 2000, p. 169.

¹¹³ FERREIRA FILHO, 2015, p. 270.

¹¹⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Estado Democrático de Direito**. In: HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 398-399.

¹¹⁵ MONTESQUIEU, 2000, p. 172.

Esse domínio legislativo, contudo, passará a diminuir e a sofrer maiores limitações com o gradual declínio dos ideais liberais clássicos, diante da necessidade de uma maior e mais efetiva participação do Estado na satisfação dos direitos fundamentais, já que aqueles ideais não foram capazes, por si só, de satisfazê-los. Nesse contexto, aflora-se uma contradição entre o liberalismo e a democracia, a qual levará ao crescimento da função executiva do Estado, como órgão competente para a realização dos direitos dos indivíduos, no contexto visto no tópico anterior.

A referida contradição se dá devido ao fato de a burguesia, classe participante do poder, como representante do povo no Poder Legislativo, sob o argumento de defesa da liberdade dos indivíduos, utiliza-se do poder para aumentar o seu poder e a sua liberdade no desempenho da atividade econômica. “A burguesia enunciava e defendia o princípio da representação. Mas representação, a meio caminho, embaraçada por estorvos, privilégios, discriminações”.¹¹⁶ É a vez do povo de lutar por seus direitos, por uma verdadeira liberdade, por uma democracia.

Nesse anseio, o Poder Executivo, como garantidor e realizador dos direitos individuais, agora interventor na atividade econômica e, até mesmo, na própria função legislativa, é o poder a ganhar espaço e evidência, o que acarretará, mais à frente, no modelo de Estado Social, de Bem-Estar ou de Providência. E é exatamente essa ascensão da função executiva, em detrimento da função legislativa, que configura a primeira grande alteração da separação dos poderes em relação à sua concepção classicamente formulada.

De se frisar que, apesar de ser a teoria clássica que mais tenha se aproximado e ofertado fundamentais contribuições ao constitucionalismo, sobretudo em relação aos três poderes até hoje mantidos e ao sistema de controles recíprocos entre os mesmos, a doutrina de Montesquieu não é exatamente a formulação implantada pelo movimento e vista nos dias atuais, notadamente em relação à posição do Poder Judiciário, antes sem estrutura permanente e limitado pela lei e, hoje, com estrutura e independência bem definidas e com ampla e ativa atuação.

Ao genial Montesquieu deve-se sua mais acabada formulação, mediante aquela teoria que tanto prestígio granjeou nos áureos tempos do constitucionalismo clássico, e que hoje, sujeita, já, a consideráveis retificações, que lhe atenuaram a rigidez inicial, é fórmula severamente

¹¹⁶ BONAVIDES, 2014, p. 43.

combatida pela moderna e avançada teoria política do constitucionalismo democrático, a qual, todavia, não lhe recusa a importância e o papel histórico que desempenhou.¹¹⁷

A doutrina da separação de poderes “tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes [...]”.¹¹⁸ Restou reconhecido, com isso, que o princípio da repartição de funções estatais seria o núcleo essencial de qualquer nação constitucionalmente organizada, sem o qual não poderia haver de fato um Estado de Direito. A declaração francesa, nesse sentido, sobretudo em vista de seu caráter universal e expreso, certamente representa o principal paradigma de consolidação do princípio como dogma e de estabelecimento do constitucionalismo.

No sistema constitucional brasileiro, a separação dos poderes esteve consagrada desde a primeira Constituição, de 1824, na qual se previa a existência de quatro poderes, incluindo o moderador. Porém, já a partir da primeira Constituição republicana, de 1891, consagrou-se a existência de três poderes.¹¹⁹ Atualmente, o princípio da tripartição dos poderes encontra-se consagrado, com *status* de princípio fundamental, no art. 2º da Constituição Federal, e sob a proteção da imutabilidade, e confere a cada uma das funções do Estado (legislativa, administrativa e jurisdicional) atribuições típicas, que representam o seu agir precípua e a sua verdadeira razão de existir. Igualmente, são atribuídas constitucionalmente funções atípicas, nas quais cada poder sai de sua função inata para exercer função que é típica dos outros poderes.

A previsão constitucional das funções típicas e atípicas justifica as relações de independência e de harmonização entre os poderes do Estado. Ao exercerem cada um uma função diversa e sem depender da ação dos demais, estabelece-se a independência funcional entre os mesmos; diante da prerrogativa que cada poder tem de exercer função, mesmo que atipicamente, que não é sua, demonstra-se o caráter de complementaridade e harmonização da relação entre as três funções.

Esse sistema de distribuição harmônica das competências entre os órgãos estatais favorece a ocorrência de controles recíprocos entre os mesmos, e constitui

¹¹⁷ BONAVIDES, 2014, p. 44.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 111.

¹¹⁹ SILVA, 2016, p. 77-82.

garantia dos indivíduos contra o arbítrio de um poder estatal absoluto. Mais do que isso, representa elemento indispensável para a garantia dos direitos fundamentais e, assim, para a própria existência de um Estado Democrático de Direito.

Assim, “no célebre ‘sistema de freios e contrapesos’ (*checks and balances*) a repartição equilibrada dos poderes entre os diferentes órgãos é feita de modo que nenhum deles possa ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição sem ser contido pelos demais”.¹²⁰ Verifica-se, diante disso, que, embora sejam os poderes independentes entre si, o princípio da tripartição foi concebido de forma a harmonizar seu exercício e no intuito de assegurar seu controle uns pelos outros. Neste sentido:

*A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.*¹²¹

Haja vista o relacionamento harmônico de controles recíprocos entre os Poderes, afirma-se que as funções estatais são interdependentes¹²², conquanto a Constituição Federal de 1988 consagre a independência entre os mesmos. De qualquer forma, acima de qualquer controle, todos devem obediência, precipuamente, à “Constituição, fonte de sua legitimidade e de sua atividade”¹²³, vez que retiram sua disciplina, competência e função diretamente da Constituição.

Somente a título exemplificativo, mas suficiente para compreender o sistema harmônico de funções entre os poderes, destaca-se o seguinte ciclo de participação entrelaçada dos três poderes:

[...] o processo legislativo iniciado pelo Congresso Nacional conta com a participação do Chefe do Poder Executivo para se aperfeiçoar e, mesmo após a sanção e promulgação do projeto, a lei fica ainda sujeita à apreciação de sua constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Assim,

¹²⁰ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 356.

¹²¹ SILVA, 2016, p. 112.

¹²² SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 468.

¹²³ SLAIBI FILHO, 2009, p. 468.

completa-se o ciclo participativo das três esferas do poder, o que comprova eficácia ao sistema de freios e contrapesos.¹²⁴

Todo esse agir de cada um dos poderes estatais é estritamente definido pela Constituição Federal. Logo, é a norma constitucional que estabelece interferências legítimas de um poder sobre o outro, sem configurar violação à independência pela norma suprema assegurada, pelo contrário, manifestando a harmonização pela mesma consagrada. Resta claro, assim, que o agir entrelaçado das funções estatais tem o objetivo proposital de definir controles recíprocos, de forma a evitar abusividades e garantir a segurança jurídica à sociedade, bem como de garantir a plenitude do sistema constitucional vigente.

A importância da existência e da aplicação do princípio em apreço é nitidamente resumida por Nagib Slaibi Filho, segundo o qual:

[...] é necessário estabelecer mecanismos que possam:

- 1) permitir o controle de um poder sobre o outro;
- 2) complementar a atividade estatal, de forma que não ocorram lacunas ou hiatos;
- 3) permitir uma forma de arbitragem nas controvérsias que entre eles surgirem.¹²⁵

No sistema constitucional brasileiro, em virtude de sua evidenciada relevância, dentre outros motivos, por ser considerado mecanismo de controle e garantia de manutenção do Estado democrático, o princípio da separação dos poderes ganhou proteção singular dentre as matérias constitucionais, adquirindo *status* de cláusula pétrea, prevista no art. 60, § 4º, III, da CF/88, não podendo haver proposta de emenda constitucional tendente a aboli-lo. O princípio se enquadra, pois, dentre os temas que formam “o núcleo intangível da Constituição Federal”¹²⁶, já que garantidor da ordem democrática e constitucional vigentes.

Trata-se o princípio, portanto, de limitação material expressa ao poder de reforma constitucional, constituindo matéria insuscetível de alteração negativa pelo poder constituinte derivado reformador, ou seja, é impossível a mudança para restringir a aplicação do princípio, admitindo-se possível somente a mudança que atribua maior garantia e satisfação ao mesmo.

¹²⁴ MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 162.

¹²⁵ SLAIBI FILHO, 2009, p. 476.

¹²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 682-683.

Referindo-se às cláusulas pétreas e à sua imprescindibilidade ao sistema constitucional pátrio, Alexandre de Moraes, citando o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, assim ensina:

Gilmar Ferreira Mendes aponta que tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a *destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade*, pois a constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria constituição.¹²⁷

De acordo com esse entendimento da singular importância da imutabilidade dos conteúdos de manutenção da integridade constitucional, especificamente em relação à separação dos poderes, consoante Konrad Hesse, representa “princípio constitutivo, racionalizador, estabilizador e limitador do poder do Estado”¹²⁸, sem o qual o Estado estaria a mercê do arbítrio de um poder centralizador.

Por fim, insta referir que o princípio da tripartição dos poderes vem, cada vez mais, ganhando novos traços e aplicações em relação à tradicional separação de poderes como concebida. Neste sentido, “a separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”.¹²⁹ Em verdade, a formatação da separação das funções estatais se molda, no decorrer do tempo, à estrutura político-jurídica do Estado em que adotada e ao contexto desta sociedade e de seus anseios e necessidade. Neste sentido, em se considerando o momento atual, tem-se que:

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social. [...].

Com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a

¹²⁷ MORAES, 2014, p. 684.

¹²⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Luís Afonso Heck (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 29.

¹²⁹ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos Poderes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113.

determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante.¹³⁰

Diante disso, a separação dos Poderes, atualmente, confere ao Judiciário maior evidência e protagonismo, em razão, dentre outros fatores, dos seguintes: “a progressiva diferenciação entre texto e norma, a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do judiciário”¹³¹, e, especialmente, o aumento do rol e da proteção dos direitos fundamentais, sendo a função jurisdicional responsável pela garantia de não violação e de realização de tais direitos.

Este referido aumento de poder da função jurisdicional representa a segunda mudança drástica, desde a sua concepção clássica, em relação à atuação eminente e evidenciada de um poder frente aos demais. O assunto compreende o objeto de análise do presente estudo, e passará a ser verificado com maior propriedade a partir do próximo capítulo.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 616-618.

¹³¹ ADEODATO, João Maurício. **Adeus à separação dos poderes?** In: Leituras complementares de constitucional: Teoria da Constituição. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2009. p. 291.

CAPÍTULO II – O PODER JUDICIÁRIO E A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS NO BRASIL: PRINCIPAIS CAUSAS DA ASCENSÃO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Partindo da concepção clássica da separação dos Poderes, foi instituído o Poder Judiciário como o detentor da função típica jurisdicional, consistente na resolução dos conflitos levados a sua apreciação, com base na incidência do sistema normativo vigente sobre os casos concretos.

Da maneira como concebido, verifica-se um Poder Judiciário com uma atuação adstrita às normas postas pelo Poder detentor da função típica legislativa, ou seja, um agir, em princípio, não inovador da ordem jurídica, mas de aplicador imparcial do Direito já disposto.

Todavia, há muito que a atuação jurisdicional não é de mero aplicador do Direito Positivo, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, a Carta Constitucional, além de ter ampliado o rol dos direitos e garantias fundamentais, outorgou ao Poder Judiciário o poder-dever de enfrentar e resolver todas as lesões ou ameaças a direitos levadas ao seu crivo e, assim estabelecendo, determinou a impossibilidade de tal Poder afastar-se da incumbência de, diante de todos os casos para os quais foi provocado, conferir o provimento jurisdicional.

Essa feição, conseqüentemente, fez com que as pessoas passassem a procurar com mais frequência e intensidade o Poder Judiciário, sempre que seus direitos fossem resistidos ou não viessem a ser garantidos pela atuação de outras pessoas, órgãos e Poderes. Diante disso, o fenômeno da judicialização, entendido como a submissão de demandas à apreciação do Judiciário, entrou em franca ascensão, encontrando-se, hoje, em plena e constante evolução.

Assim, a exemplo do que ocorrera com os outros Poderes em outros momentos históricos, o Judiciário, no Brasil, viu aumentar consideravelmente sua área de atuação, mormente, a partir da promulgação da CF/88, tendo sido provocado com mais constância e, cada vez mais, por mais variados motivos.

Nesse sentido, verifica-se a mais frequente provocação jurisdicional para apreciar políticas públicas e atos legislativos, ocasionada, sobretudo, pela omissão dos respectivos Poderes, por atuações ilegais, por descumprimento de metas

constitucionais, bem como pela ampliação dos deveres, direitos e garantias na Carta de 1988.¹³²

Em nome do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, o Poder Judiciário deve analisar e proferir decisões judiciais sobre todas as demandas promovidas sob o seu âmbito e, assim, a desenfreada judicialização dos conflitos faz com que o órgão jurisdicional, sem poder se isentar, aprecie todas as matérias que fundamentam as demandas, as quais, não raro, configuram competência, em primeira análise, dos outros Poderes.

Várias são as causas que promovem a judicialização, as quais serão analisadas neste capítulo, no intuito de verificar, posteriormente, se a atuação jurisdicional frente a estas demandas configura o chamado ativismo judicial e se seria ou não possível ao Judiciário tomar outra atitude que não a de enfrentar, em nome do princípio da inafastabilidade, todas estas causas.

2.1. Poder e função: o Poder Judiciário e a função jurisdicional

Ao prever expressamente a tripartição dos Poderes em seu art. 2º, a CF/88 visou uma divisão orgânica das funções estatais, estabelecendo órgãos exercentes dos poderes-deveres do Estado. Assim, em verdade, a separação não é propriamente do poder, vez que este é uno, de titularidade do povo em um regime democrático.

Há como uma espécie de pacto social totalitário, no sentido de que a vontade geral popular representa o verdadeiro poder. Nesta perspectiva, a separação do poder é inviável, pois o soberano perde força se o poder for dividido, e isso não é benéfico para a sociedade e para o Estado.¹³³

Segundo Max Weber, poder diz respeito a uma força ou energia que possui capacidade de impor a vontade e vindicar obediência, ou seja, com a obediência alheia como se fosse a própria vontade, sempre baseado em um fundamento de legitimidade, isto é, o poder existe de fato se legitimamente reconhecido.¹³⁴

¹³² FIGUEIREDO, Professor Doutor Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC, julho 2007, p. 52.

¹³³ COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. **A Superação da Tripartição de Poderes**. Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação “Lato sensu” em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Brasília, 2007. p. 13.

¹³⁴ WEBER, 1964, p. 43.

Ao tratar sobre o tema, o jurista alemão estabeleceu importante diferenciação entre as noções de poder e de dominação, conceituando-os da seguinte forma:

Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad.

Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas; [...].¹³⁵

O exercício do poder, consoante Max Weber, representa a imposição da vontade do mandante independentemente da vontade de obediência do mandado, já que fundado no reconhecimento de legitimidade, isto é, querendo ou não obedecer à ordem, quem a recebeu deve sujeitar-se à obediência e realizar o conteúdo da ordem. Diferentemente, a dominação leva à obediência voluntária de quem recebeu à ordem, havendo ou não relação de poder; o elemento vontade é, portanto, essencial na dominação, e se verifica espontaneamente, sem imposição.

A dominação e o poder, que acarretam na obediência, voluntária ou imposta, encontram legitimidade, segundo Max Weber, basicamente, em aspectos de racionalidade (legalidade), de tradição e de carisma, do que decorrem as espécies de dominação legal, tradicional e carismática.¹³⁶

Em seu “Dicionário de Política”, Norberto Bobbio salienta o sentido social do conceito de poder. Neste sentido, “em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem”.¹³⁷

¹³⁵ “Poder significa a possibilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade. Por dominação deve se entender a possibilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo entre dadas pessoas”. (WEBER, 1964, p. 43).

¹³⁶ A **dominação legal** fundamenta-se na crença na legalidade de ordenações instituídas e de direitos de mando daqueles que as ordenações atribuem a autoridade; neste caso, obedecem-se as ordens impessoais e objetivas legalmente instituídas e as pessoas por estas designadas, dentro do âmbito de sua competência. A **dominação tradicional** fundamenta-se na crença cotidiana na santidade das tradições que regem a dominação desde há muito tempo, e na legitimidade dos escolhidos por essa tradição para exercer a autoridade; neste caso, obedecem-se as ordens por se acreditar na santidade da autoridade. A **dominação carismática** fundamenta-se na crença ao heroísmo, à liderança ou exemplo de uma pessoa e às ordens por ela criadas ou reveladas; neste caso, obedece-se àquele carismaticamente qualificado, por razões de confiança pessoal na relação, dentro do âmbito em que seu carisma tem validade. (WEBER, 1964, p. 172-197).

¹³⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Carmen C. Varriale e outros (Trad.). 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 933.

É inconcebível a noção de Estado, politicamente organizado, e de sociedade sem relação de poder. Aliás, relações de poder, no plural, já que há uma diversidade delas, afinal a organização estatal pressupõe a representatividade institucional e funcional do poder, assim como “não existe praticamente relação social na qual não esteja presente, de qualquer forma, a influência voluntária de um indivíduo ou de um grupo sobre o comportamento de outro indivíduo ou de outro grupo”.¹³⁸

Sob o prisma democrático, em um Estado Democrático de Direito, o poder é exercido pelo povo diretamente ou por meio de órgãos e agentes representativos da vontade popular, mediante a institucionalização do poder nas funções estatais. Nesse sentido:

Historicamente, o poder aparece vinculado a uma pessoa. É o poder individualizado. Obedece-se à pessoa do rei, do monarca, do chefe etc. A partir daí, porém, o poder evolui e se institucionaliza, vale dizer, despersonaliza-se. Obedece-se não mais à pessoa, enquanto tal, mas enquanto titular da função. Ao institucionalizar-se, o poder torna-se estável, desligando-se das pessoas e cristalizando-se nas instituições, entre elas, a mais importante, o Estado, que passa a ser seu titular abstrato, permanente e exclusivo. Com a institucionalização do poder, os governantes não são senão agentes políticos que o exercem de forma efêmera, temporal.¹³⁹

Atrelada à noção de poder está a de função, já que o poder estatal é praticado através das funções que o Estado exerce com monopólio. Dessa forma, “as chamadas funções do Estado são as formas específicas de exercício do poder político, previamente determinadas pelo direito, as quais, a juízo do legislador, constituem a estrutura mais adequada para alcançar os objetivos a que o Estado se propõe”.¹⁴⁰

A concepção clássica da divisão de funções baseou-se na necessidade de se atribuir o poder a diferentes pessoas de forma a evitar o arbítrio. Por esta razão, o exercício do poder estatal foi dividido em funções atribuídas aos “Poderes” estatais, as quais, segundo o autor que difundiu a teoria, são definidas da seguinte forma:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

¹³⁸ BOBBIO, 1998, p. 940.

¹³⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 11.

¹⁴⁰ ROCHA, 1995, p. 12.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.¹⁴¹

Tais funções representam, desde sua concepção, “modos típicos de atuação ou exercício do poder do Estado”¹⁴², constituindo as atividades estatais fundamentais, por meio das quais o mesmo busca realizar seus fins, compreendendo, no caso brasileiro, o qual retira sua fonte na teoria da tripartição, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional, conferidas, respectivamente, aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Dentre estas funções, importa, levando em conta o objetivo do presente estudo, mais propriamente, a função de jurisdição, isto é, de “decidir em caráter definitivo os conflitos concretos de interesses mediante a aplicação do direito e, eventualmente, executar as decisões”¹⁴³, já que é sobre esta função que recai a discussão acerca de um suposto ativismo, que será estudado no próximo capítulo.

Como cada função é exercida tipicamente por determinado órgão criado para este fim, o Poder Judiciário é o poder do Estado detentor da função jurisdicional, a qual é exercida por seus agentes políticos, na busca pela satisfação da justiça sobre os conflitos advindos da sociedade, com fundamento na ordem jurídica interna.

A jurisdição, função de declarar o direito aplicável aos fatos, é a causa final específica da atividade do Poder Judiciário. Assim como é função própria e exclusiva do Poder Legislativo a de fazer leis (*jus dare*, como diziam os Romanos), - a do Poder Executivo executar as leis (*jus executare*), - é função própria e exclusiva do Poder Judiciário dizer a lei existente aplicável a um fato ocorrente nas relações entre indivíduos (*jus dicere*).¹⁴⁴

A função jurisdicional, definida de maneira restrita e limitada acima, realiza-se mediante processo judicial, através do qual as lides são resolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em mandamentos gerais e abstratos, presentes em leis, costumes ou padrões gerais.¹⁴⁵

¹⁴¹ MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168.

¹⁴² ROCHA, 1995, p. 12.

¹⁴³ ROCHA, 1995, p. 12.

¹⁴⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1960. p. 40.

¹⁴⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira**. In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília: Presidência da República/Casa Civil. Disponível em:

Mormente após o advento da CF/88 é que, no Brasil, o Poder Judiciário ganhou maior reconhecimento, formal e materialmente, como Poder de fato independente, com o gozo das autonomias, além de funcional, financeira e administrativa. Tal fato explica a evidente ascensão do referido Poder nas últimas décadas. Ao encontro disso a afirmação de Gilmar Mendes:

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados.¹⁴⁶

Sem deixar de atribuir a devida importância e necessidade das demais funções estatais, “é a existência dessa função que infunde à sociedade a segurança, sem a qual o homem estará ‘inquieto quanto à sua liberdade, seus bens e sobre sua própria existência’, sentindo-se ‘como um estrangeiro em sua pátria’”.¹⁴⁷

Logo, para se compreender a atuação do Judiciário e verificar se ela se encontra dentro dos limites de sua competência, necessário entender o que representa a função típica que lhe é afeta, até porque o mesmo existe em razão da função que lhe é conferida.

Inicialmente, importante suscitar a origem da terminologia, a qual vem do latim *juris dictio*, que significa “dizer o direito”. Partindo desta concepção, vários são os critérios utilizados pela doutrina para tentar definir a função jurisdicional, conforme o parâmetro adotado para análise da função. Neste sentido, tomam-se como parâmetros, especialmente, o objeto da função, o sujeito que desempenha a mesma, a forma de atuação e a função como substituição de atividades.¹⁴⁸

O critério do objeto toma como centro da análise o fim a que se destina a função jurisdicional, ou seja, a solução de conflitos; o critério do sujeito destaca uma análise organicista, vez que toma como elemento central o poder, os órgãos e os agentes que exercem a função; o critério da forma de atuação se caracteriza por

<<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Brasília, vol. 1, n. 5, setembro de 1999.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 991.

¹⁴⁷ HENRION DE PANSEY. **De l'autorité judiciaire** apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Sistema Judiciário brasileiro e a reforma do Estado**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 23.

¹⁴⁸ ROCHA, 1995, p. 13-14.

tratar da função como atividade exercida segundo uma determinada forma, a qual é chamada de processo.¹⁴⁹

Finalmente, destaca-se o critério da substituição de atividades, sustentado por Chiovenda, segundo o qual a jurisdição trata-se de:

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.¹⁵⁰

Sem estabelecer maiores críticas, mas somente por constatação, qualquer critério torna-se falho ou insuficiente ao dar ênfase a um ou outro parâmetro e, assim, ao deixar de atentar para todos os demais elementos que compreendem a jurisdição.

Porém, merece especial análise o critério utilizado por Chiovenda, pois se relaciona diretamente com o objeto do presente estudo. Nesse contexto, ao pensar a função jurisdicional sob um prisma de substituição abre-se a possibilidade de o Poder Judiciário substituir, além das partes conflitantes em seus interesses particulares, também outros órgãos e poderes diante de suas omissões ou da insuficiência de suas ações.

Esse é exatamente um dos aspectos que, como se verá, promovem o chamado ativismo judicial e que levam à discussão de se encontrar o Poder Judiciário, supostamente, exercendo função que, em tese, não é sua, já que, diante da omissão ou insuficiência de ação de determinado órgão, os indivíduos buscam através de um provimento jurisdicional a realização de seus direitos e anseios.

Por outro lado, vendo-se a perspectiva da substituição como decorrência da harmonização existente entre os Poderes, mesmo porque os indivíduos requerem uma resposta que, em última análise, é estatal, independente do Poder que a profira, a substituição não seria um elemento caracterizador particular da jurisdição, mas também das demais funções do Estado.

Fato é que, embora possa gerar críticas e entendimentos contrários, não se pode conceber, hoje, um Poder Judiciário sem função substitutiva, sendo esta uma das características imprescindíveis de sua definição, como se verá logo abaixo.

¹⁴⁹ ROCHA, 1995, p. 13-14.

¹⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 3.

Além dos critérios supra-apresentados, outros aspectos são utilizados como parâmetro para a definição. Carnelutti, por exemplo, alia ao conceito de jurisdição o viés da lide, porquanto a jurisdição seria a busca pela “justa composição da lide”.¹⁵¹ Sob este prisma, seria pressuposto da jurisdição a existência de um conflito de interesses, o que, embora ocorra como regra, retira da definição a busca pelo Judiciário em ações voluntárias ou em ações de controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo.

Como se verifica, a doutrina se debruça em buscar estabelecer uma conceituação acerca da jurisdição, sem, contudo, alcançar uma definição plenamente satisfatória, vez que, ao tomar algum parâmetro em específico, o conceito fica eivado de reducionismos.

Admite-se que é tarefa não singela buscar definir a função jurisdicional, até mesmo porque “o conceito de jurisdição é empírico, como, de resto, o são os conceitos jurídicos”¹⁵², e somente pode ser obtido “por abstração das particularidades das jurisdições concretas – jurisdição brasileira, italiana etc. – para selecionar os traços comuns e generalizáveis a todas as jurisdições”.¹⁵³

Apesar da dificuldade, pode-se aproximar de uma definição, seguramente, a partir da soma de todos os critérios acima referidos. Mas, além disso, deve-se buscar uma caracterização mais fidedigna, com a inclusão de atributos de caráter sociopolítico, que compreendem a base da função jurisdicional hodiernamente.

A visão moderna acerca do Poder Judiciário e de sua função típica engloba, destacadamente, dois aspectos primários e indispensáveis, quais sejam, a natureza substitutiva de sua atuação e a aplicação da ordem jurídica para fins práticos e de efetiva realização de justiça.¹⁵⁴

Em relação à natureza substitutiva da atividade jurisdicional, sob um primeiro aspecto, o órgão do Poder Judiciário sobrepõe-se às partes envolvidas na relação conflituosa para, de forma imparcial e com base no Direito, substituir as vontades em jogo, e dizer a melhor solução aplicável ao caso concreto. Em se tratando desta

¹⁵¹ CARNELUTTI, Francisco. **Estudios de Derecho Procesal**. Vol. II. Trad. esp. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1952. p. 5.

¹⁵² ROCHA, 1995, p. 18.

¹⁵³ ROCHA, 1995, p. 18.

¹⁵⁴ SANTOS, Pablo de Oliveira. **Jurisdição**: considerações acerca do seu conceito, características, princípios inerentes e "espécies". In: *Conteúdo Jurídico*. 18/08/2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,jurisdicao-consideracoes-acerca-do-seu-conceitocaracteristicas-principios-inerentes-e-especies,49465.html>>. Acesso em: 21/12/2016.

substituição dos interesses particulares conflitantes pela apreciação e decisão do Estado-Juiz, este é objetivo para o qual o Poder Judiciário e a função jurisdicional foram concebidos em um primeiro momento, não se tendo qualquer dúvida de sua pertinência.

O que gera discussão e controvérsia é a substituição praticada pela função jurisdicional sobre outros órgãos e funções do Estado, sobre o que se debruçará mais adiante. Mas é indiscutível que isso efetivamente ocorre e representa, hoje, uma das feições da atuação do Poder Judiciário, devendo compreender, sem dúvidas, sua caracterização e definição. Este é um dos aspectos a serem analisados na averiguação do exercício – devido ou indevido – da função jurisdicional.

Já em relação à aplicação da ordem jurídica para fins práticos e para efetiva realização de justiça, afirma-se que, modernamente, a atuação jurisdicional vai muito além da mera aplicação do sistema normativo. Num primeiro momento, é certo afirmar que o Poder Judiciário deve tomar como base o Direito posto, com o fim de realizar o direito material estabelecido. Porém, isto deve reverter em resultados práticos efetivos e que realizem a verdadeira justiça sobre os casos em concreto. Neste sentido:

[...] o direito processual moderno preconiza que a função jurisdicional é muito maior que a mera efetivação do direito material, tendo, antes de mais nada, uma função social, ou seja, é certo que o direito substancial deve ser cumprido, materializando-se no caso concreto uma pretensão resistida, mas antes disso, o que a jurisdição visa é o escopo da pacificação social, o desejo que impere a atual e denominada ordem jurídica justa.¹⁵⁵

Além de todos estes critérios e elementos caracterizadores da jurisdição, podem ser apresentadas, ainda, outras características decorrentes daqueles, dentre as quais se destacam: a unidade, a secundariedade e a substitutividade da função jurisdicional; o fato de ser uma atividade estatal inerte, que requer provocação; o caráter instrumental da atuação jurisdicional; a imparcialidade do órgão julgador, com atribuição desinteressada; e o caráter de definitividade das decisões pelo atributo da coisa julgada, capaz de tornar situações jurídicas imutáveis.¹⁵⁶

Neste sentido, a unicidade confere à divisão do Poder Judiciário em órgãos o caráter apenas organizacional, vez que a jurisdição é una. A jurisdição é secundária

¹⁵⁵ SANTOS, 2014.

¹⁵⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 130-134.

ou substitutiva, pois, em tese, o Direito deve realizar-se independentemente de um provimento jurisdicional, sendo esta medida que se impõe secundariamente, em substituição, em caso de não cumprimento espontâneo e pacífico. O princípio da inércia impõe que a jurisdição somente se ative se houver provocação da parte interessada. O caráter instrumental confere à função jurisdicional o fim de servir de instrumento para fazer realizar o Direito e a justiça. O órgão julgador é um ente imparcial e que não possui nenhum interesse na demanda, senão apenas de resolvê-la. Por fim, somente o Poder Judiciário possui o poder de decidir com definitividade, ou seja, proferir provimento do qual não caiba mais recurso ou ação.¹⁵⁷

Por fim, não se pode pensar em definir a jurisdição sem incluir o conteúdo e a carga valorativa dos princípios que norteiam esta função. Não seria possível aprofundar o estudo acerca de cada um dos mesmos, até porque fugiria do objetivo do presente estudo, mas, como são de conhecimento geral e notório, basta citá-los para trazer à noção proposta. Neste sentido, tem-se, destacadamente, o princípio da investidura, o princípio da inércia, o princípio do impulso oficial, o princípio da aderência ao território ou da territorialidade, o princípio da indelegabilidade, o princípio do juiz natural, o princípio da inevitabilidade e o princípio da inafastabilidade ou da indeclinabilidade.¹⁵⁸

Diante do todo exposto, sem o objetivo de esgotar a temática, pode-se ter uma noção clara do Poder Judiciário e da função exercida por este tipicamente, o que permite avançar com segurança e adentrar no objeto de estudo do presente capítulo, qual seja, a crescente judicialização, suas causas e implicações.

2.2. A inafastabilidade da Jurisdição e o acesso à Justiça

Reza como regra geral e inquestionável no ordenamento jurídico-processual brasileiro que a todo aquele que possuir ou entender possuir um direito indevidamente resistido ou não satisfeito nasce o direito subjetivo de buscar a tutela jurisdicional através do direito de ação, exigindo do Estado uma resposta, baseada no Direito, que conforte as pretensões conflitantes e restabeleça a ordem social e jurídica.

¹⁵⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 130-134.

¹⁵⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 135-138.

A ordem constitucional vigente, de um lado, não limita a ação aos indivíduos que se sintam, de alguma forma, lesados ou violados em suas esferas de direitos e, de outro, determina a obrigatoriedade da atuação jurisdicional frente ao exercício do direito de ação, não podendo o Poder competente se afastar ou se eximir de dar a resposta estatal ao conflito posto ao seu crivo.

Conforme determina a CF/88 em seu art. 5º, XXXV, o acesso à Justiça é pleno a todos os que se sentirem violados ou lesados em seus direitos, sendo vedado à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou, até mesmo, a ameaça de lesão a qualquer direito.

Esta norma, por um lado, veda que a lei proíba sejam questionados todos os atos de que resulte violação de direito. E na redação vigente seja este direito individual ou não, portanto, abrangendo direitos difusos etc. Ela se inspira no desiderato de tornar todos os brasileiros (e estrangeiros residentes no País – v. *caput* do art. 5º) defensores da ordem jurídica.¹⁵⁹

Insta referir que o acesso à Justiça deve ser visto muito mais do que simplesmente o direito de postular perante o Poder Judiciário em busca da declaração de um direito ou da resolução de um litígio. Trata-se de direito atrelado à democracia e garantidor da igualdade, não apenas formal, mas efetiva. “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”.¹⁶⁰

De fato, o acesso à Justiça é tido como a garantia constitucional de reclamar a efetivação de direitos reconhecidos, porém não satisfeitos, afinal, “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.¹⁶¹

Mais do que isso, segundo Kazuo Watanabe, o princípio não se caracteriza tão somente pela aproximação do conflito à jurisdição, mas “é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa”.¹⁶² Nesse caso, “o ‘acesso’ não é apenas

¹⁵⁹ FERREIRA FILHO, 2015, p. 233.

¹⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 5.

¹⁶¹ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 5.

¹⁶² WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**: Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”.¹⁶³

Diante disso, o acesso à Justiça requer um Judiciário bem estruturado e funcionalmente capaz de atender plenamente a garantia constitucional do acesso, não só formal, mas efetivamente, e, por consequência, o direito através deste pleiteado, do que poderá resultar em uma justa Justiça. Para tanto:

Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.¹⁶⁴

O exercício do direito de ação, ato que materializa o acesso à Justiça, deflagra a função jurisdicional. A partir daí, o Estado-Juiz possui o poder-dever de conferir o provimento jurisdicional para o qual foi provocado a apreciar. Assim como a lei não pode excluir a apreciação do Poder Judiciário, este também não pode se afastar de seu dever funcional.

Em relação à inafastabilidade da jurisdição, Luiz Guilherme Marinoni destaca a fundamentalidade do princípio na efetivação dos direitos e garantias constitucionais:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por construir o direito a fazer valer os próprios direitos.¹⁶⁵

Como já referido, a norma constitucional não estabelece qualquer limitação quanto ao direito lesionado ou ameaçado de lesão. Assim, em princípio, qualquer direito supostamente violado ou na iminência de sofrer violação pode representar a

¹⁶³ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 5.

¹⁶⁴ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 5.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 38.

causa de pedir de uma ação. Assim, “os próprios atos políticos podem ser impugnados perante o Judiciário, desde que firam direito”.¹⁶⁶

É neste contexto que surge a discussão e controvérsia acerca de a função jurisdicional, em decorrência da possibilidade praticamente ilimitada de se pleitear direitos em juízo, e em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição, exceder-se, o que será objeto de análise mais aprofundada no capítulo seguinte.

Apesar disso, “claro está que isto não significa poder o Judiciário substituir-se, na apreciação do mérito (conveniência e oportunidade) ao Poder competente (Legislativo ou Executivo). Apenas, deve ele reparar eventual violação de um direito definido, individual ou não”.¹⁶⁷ O mérito está presente na prática de atos discricionários, nos quais a autoridade pública realiza um juízo de conveniência e oportunidade da prática do ato, com alguma margem de liberdade, que, em princípio, seriam da exclusiva alçada administrativa, sem qualquer interferência judicial.

Essa visão, ainda defendida por muitos doutrinadores, dentre eles Manuel Gonçalves Ferreira Filho e Miguel Seabra Fagundes¹⁶⁸, vigorava “quando a lei era vista, sob a ótica do positivismo jurídico, dentro de um sistema lógico-jurídico, despido de qualquer conteúdo axiológico”¹⁶⁹, o que limitava o Judiciário tão somente ao controle de legalidade dos atos, não sendo possível a análise de seu mérito. “Quando, porém, à lei formal se acrescentam considerações axiológicas – o que aconteceu com a instauração do Estado de Direito Democrático – amplia-se a possibilidade de controle judicial”¹⁷⁰, haja vista que o princípio da legalidade, hoje, é visto com o sentido de juridicidade, pois abrange, além da lei, todos os princípios e valores jurídicos do ordenamento, ampliando o âmbito de controle judicial dos atos.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “na medida em que a lei foi reconquistando o seu sentido axiológico perdido por influência do positivismo jurídico, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a

¹⁶⁶ FERREIRA FILHO, 2015, p. 233.

¹⁶⁷ FERREIRA FILHO, 2015, p. 233.

¹⁶⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 179.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*. 09/02/2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 24/01/2017. p. 2-3.

¹⁷⁰ DI PIETRO, 2007, p. 3.

discricionariedade administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle pelo Poder Judiciário”.¹⁷¹

Essa mudança de concepção e ampliação da esfera de controle jurisdicional sobre atos administrativos se fundamenta na obrigação da autoridade praticante do ato, independente de ser este vinculado ou discricionário, de atender aos fins de interesse público almejados pela lei e pela ação do Poder Público, nos termos sustentados por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, não teria sentido que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivete para o atendimento do interesse público. Tanto faz se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, *nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.* (grifos originais).¹⁷²

Dessa forma, como medida de atendimento do interesse público exigido da ação administrativa, o Poder Judiciário tem seu âmbito de atuação funcional ampliado, para controlar mais do que a legalidade do ato, alcançando o controle do mérito deste e dos próprios fins requeridos pela lei, haja vista ser o administrador apenas um representante da vontade da sociedade e um ator cumpridor da ordem jurídico-administrativa, e o julgador o vigia deste cumprimento. Portanto, é uma ampliação da função jurisdicional que o próprio sistema jurídico-administrativo requer, com vistas ao atendimento do interesse público.

Ademais, muitas vezes, diante do caso prático, para fazer concretizar um direito fundamental constitucionalmente garantido, o qual, se não satisfeito, pode acarretar grave violação a um bem jurídico, o Poder Judiciário acaba por determinar que outro órgão ou Poder o faça, ou seja, supra a omissão ou a insuficiência da ação, ou reveja o mérito do ato praticado, e realize o direito que cabia ao mesmo garantir.

¹⁷¹ DI PIETRO, 2007, p. 3.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32-33.

A título exemplificativo, quando o Poder Executivo, responsável pela implementação de políticas públicas necessárias à satisfação de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, deixa de fazê-lo, por qualquer motivo, inclusive pela prática de ato discricionário, faz nascer um direito subjetivo à parte prejudicada de buscar a concretização através de um provimento jurisdicional.

Diante de um caso desta natureza, tem-se, de um lado, o direito da parte suscitado em juízo e o dever do Poder Judiciário de apreciar lesão ou ameaça a direito, sem poder se eximir de seu poder-dever funcional, e de outro lado, a atribuição relativa a outro Poder – Poder Executivo – que deixou de satisfazer um direito, seja por discricionariedade, arbitrariedade ou por já atender o mínimo existencial que lhe é exigido.

No exemplo trazido, o Poder Judiciário está no estrito cumprimento de sua função típica, de dizer o direito, porém submetendo outro Poder independente ao seu provimento, ordenando que este realize sua respectiva função.

Neste mesmo sentido, outro exemplo de atuação jurisdicional também confortada pelo sistema constitucional vigente e, logo, legítima, que interfere no terreno de atuação dos demais Poderes, diz respeito ao mandado de injunção. O art. 5º, inc. LXXI, da CF/88, prescreve que sempre que houver direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, devidamente assegurados, porém de exercício inviável devido à falta de norma regulamentadora ocasionada pela omissão do legislador, nasce a pretensão de ajuizamento ao titular destes direitos e a competência jurisdicional de conceder o remédio com vistas à elaboração da norma faltante.

O remédio, inovação trazida pela CF/88, foi concebido no intuito de não causar prejuízo aos indivíduos em relação aos seus direitos assegurados pela ordem jurídico-constitucional devido a uma falha do legislador e para garantir a plenitude do sistema. Neste sentido, “o instituto foi criado com vistas a sanar o problema da ineficácia das disposições constitucionais que concediam direitos sociais”.¹⁷³ O intuito do remédio, que se assemelha ao da ação de controle de constitucionalidade por omissão, é conferir a aplicabilidade imediata à norma constitucional determinada pelo § 1º do art. 5º da CF/88.¹⁷⁴

¹⁷³ MENDES; BRANCO, 2016, p. 1257.

¹⁷⁴ SILVA, 2016, p. 451.

Dessa forma, o mandado de injunção é medida constitucionalmente prevista que confere ao Judiciário o poder-dever de controlar a função do legislador, verificando se há omissão do mesmo que inviabiliza o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas.

A despeito de eventuais críticas ao instituto e ao agir jurisdicional decorrente, a própria norma constitucional reconhece esta necessidade, haja vista que, em um Estado Democrático de Direito, de modelo pós-positivista, a realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados está acima de qualquer alegação de fundamento organizacional, funcional.¹⁷⁵

A adoção deste remédio dá ensejo a intensas controvérsias doutrinárias, sobretudo acerca dos efeitos da decisão de concessão. Gilmar Mendes apresenta os principais entendimentos quanto aos possíveis efeitos de uma decisão de concessão de mandado de injunção:

Alguns nomes da literatura jurídica sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras. Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão. Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes.¹⁷⁶

Consoante a primeira posição, a decisão judicial não tem o potencial de regulamentar o direito cuja falta de norma lhe torna inaplicável, nem de impor ao legislador a obrigação de elaborar a norma faltante, limitando-se a declarar sua mora e omissão. Já as duas últimas posições entendem que o Judiciário, diante da constatação da norma faltante, além de declarar a omissão e a mora legislativa, pode-deve reger o exercício do direito para torná-lo exercitável; o que diferencia estas duas últimas posições é o fato de que uma permite o Judiciário disciplinar somente o caso concreto apreciado, e a outra pretende uma norma geral para disciplinar o direito a ser exercido por todos que o detém.

Obviamente, diante da aplicação destes dois últimos entendimentos, surgem críticas conservadoras acerca da atuação jurisdicional, pois “o constituinte teria

¹⁷⁵ BONAVIDES, 2016, p. 616.

¹⁷⁶ MENDES; BRANCO, 2016, p. 1257-1258.

dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa”.¹⁷⁷

Por outro lado, que utilidade teria o mandado de injunção se o Judiciário somente pudesse declarar a existência da omissão, sem poder concretizar o direito violado? Se assim fosse, por medida de não adentrar na função regulamentadora, o Judiciário também estaria sendo omissor por não reparar lesão ou ameaça a direito constitucionalmente assegurado. Assim, o Judiciário também se apresentaria omissor em sua função diante de uma omissão legislativa.

Após julgamentos, debates, controvérsias, mudanças de entendimento, o STF, atualmente, vem, em concessão de mandado de injunção, disciplinando provisoriamente, até a feitura da norma, o direito cuja regulamentação foi omitida, e fazendo surtir efeitos não só *inter partes*, mas sim *erga omnes*, ou seja, a todos os titulares do direito, nos termos referidos por Gilmar Mendes:

O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos não somente para os impetrantes, mas também para os casos idênticos ou semelhantes. Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a superação de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei.¹⁷⁸

O mandado de injunção, portanto, é outro exemplo de ação jurisdicional ampla e ativa exercida nos estritos limites de sua competência funcional, que controla a atuação de outro Poder com o fito de evitar ou reparar lesão ou ameaça a direito, ocasionada pela falta ou insuficiência de ação legislativa.

Os casos supra-apresentados são exemplificativos de que, cada vez mais, o Poder Judiciário, em realização ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, vem enfrentando questões não meramente jurídicas, mas que exigem atuação eminentemente política, sem, contudo, violar a independência funcional, já que motivada, muitas vezes, pela inação ofensiva aos direitos fundamentais dos outros Poderes. Nesse sentido, o Judiciário brasileiro, atualmente, assume importante papel político, apreciando e julgando questões como fidelidade partidária, pesquisas

¹⁷⁷ MENDES; BRANCO, 2016, p. 1258.

¹⁷⁸ MENDES; BRANCO, 2016, p. 1275.

com células-tronco embrionárias, cassação da lei de imprensa, vedação ao nepotismo na Administração Pública¹⁷⁹, implementação de políticas públicas, reconhecimento legal de união de casais homossexuais, interrupção de gravidez em caso de feto anencéfalo, dentre outras.

É para identificar se situações como estas evidenciam um Poder Judiciário agindo dentro de sua respectiva função e manifestam a harmonização entre os Poderes ou se, ao contrário, demonstram a exacerbação da função jurisdicional e, assim, a violação ao princípio da tripartição, que o presente estudo se justifica.

2.3. A ascensão do Poder Judiciário pós Constituição Federal de 1988

A história do Poder Judiciário no Brasil remonta desde a época do Brasil colônia, pois o berço das estruturas estatais que, posteriormente, instalaram-se e se consolidaram no País independente está no modelo português da época. Neste sentido, nos anos findos da história colonial brasileira, “o período de 1808, ano da trasladação da Corte portuguesa ao Brasil, até 1824 [...], insere episódios constitucionais de suma importância tanto em Portugal quanto no Brasil. Em ambos, a idéia de Constituição e poder constituinte traz o sopro e a vibração das comoções revolucionárias do século XVIII”.¹⁸⁰

Em relação à estrutura judiciária vigente naquela época, “a Justiça Brasileira, no fim do período colonial, possuía seus magistrados e tribunais próprios, mas com as instâncias recursais derradeiras instaladas em Portugal”.¹⁸¹

Essa estrutura judiciária se consolidou e evoluiu no Brasil império, quando o País passou a ter sua primeira Constituição escrita, ainda guardando estreita relação com o sistema constitucional português, “redundando numa singular comunhão de textos constitucionais, produto da mesma outorga imperial nos dois países: no Brasil, a Constituição de 1824; em Portugal, a Carta de 1826”.¹⁸²

¹⁷⁹ GUERRA, Gustavo Rabay. **O Papel Político do Judiciário em uma Democracia Qualificada: a outra face da Judicialização da Política e das Relações Sociais.** In: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Disponível em: <www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/>. Acesso em: 10/08/2016.

¹⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil.** Estudos avançados. In: *Scielo*. Publicado em 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>>. Acesso em: 25/01/2017. p. 158.

¹⁸¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira.** In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília: Presidência da República/Casa Civil. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Brasília, vol. 1, n. 5, set 1999.

¹⁸² BONAVIDES, 2000, p. 157.

A Constituição de 1824 era “uma Constituição outorgada; liberal em matéria de direitos individuais, mas centralizadora e autoritária na soma dos poderes que concedia ao monarca constitucional”.¹⁸³ Por ser “fruto de um movimento que quebrou a dependência do Brasil em relação ao absolutismo monárquico português, preocupava-se em garantir certos direitos individuais e dividir os poderes do Estado”.¹⁸⁴

Dessa forma, previu a separação entre os Poderes estatais, reconhecendo a existência de quatro Poderes políticos – Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador –, no intuito de limitar o Poder imperial e garantir alguns direitos individuais aos cidadãos, no que restou “relativamente bem sucedido, [...], não obstante o seu baixo grau teórico de legitimidade e suas discrepâncias com a inteireza democrática e representativa do século revolucionário que proclamara os direitos do homem e sagrara a inviolabilidade constitucional da separação de poderes”.¹⁸⁵

Assim, o Judiciário passou a ser reconhecido como um dos Poderes de Estado, já contando com uma instância superior – Supremo Tribunal de Justiça – para dirimir conflitos de jurisdição entre as províncias. “A Constituição Imperial de 1824 deu nova feição à Justiça Brasileira, elevando-a, pelo constitucionalismo montesquiano, a um dos Poderes do Estado”,¹⁸⁶ porém, ainda sem independência, já que “as funções do Judiciário eram suprimidas, as suas decisões discutidas pelo Executivo, bem como o Supremo Tribunal de Justiça não era considerado instância de poder”.¹⁸⁷

Ademais, o Poder Moderador, concebido e criado para servir de freio sobre a condução do poder, de forma a evitar arbitrariedades, detinha uma “proeminência sobre os demais”¹⁸⁸, para atuar “como uma espécie de corregedoria dos três ramos em que se divide o exercício da soberania nacional (executivo, legislativo e

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 80.

¹⁸⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 79.

¹⁸⁵ BONAVIDES, 2000, p. 157.

¹⁸⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira**. In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília: Presidência da República/Casa Civil. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Brasília, vol. 1, n. 5, set 1999.

¹⁸⁷ DONATO, Verônica Chaves Carneiro. **O Poder Judiciário no Brasil: Estrutura, Críticas e Controle**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Fortaleza, 2006. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>. p. 38.

¹⁸⁸ TAVARES, 2016, p. 79.

judiciário)”.¹⁸⁹ No entanto, paradoxalmente, foi quem deu ensejo a uma “ditadura constitucional”¹⁹⁰, no sentido de se exceder de sua função e sobrepor-se aos demais Poderes, pois “tanto na letra constitucional como na execução, os políticos do império lhe desvirtuaram o sentido e a aplicação”.¹⁹¹

Diante disso, apesar do reconhecimento do Judiciário como um dos Poderes do Estado, foi com a proclamação da república em 1889 e a implantação da forma republicana de governo – Constituição Republicana de 1891 – que o mesmo teve sua estrutura ampliada e ganhou maior importância e força no exercício de suas funções. O Brasil experimenta a partir daí “o primeiro período do constitucionalismo republicano, que vai perdurar de 1891 a 1930, assinalado, de início, por profundas transformações em relação ao sistema decaído e sem as quais não se lograria a consolidação do poder recém inaugurado”.¹⁹²

O Estado constitucional adotado, de cunho liberal, sob influência norte-americana¹⁹³, foi estruturado sob os seguintes pilares: “o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder”.¹⁹⁴

Com a extinção do Poder Moderador, adotou-se a separação clássica dos três Poderes, independentes entre si, formado pelo Legislativo, bicameral; pelo Executivo, sob a chefia do Presidente da República; e pelo Judiciário, agora “dotado de prerrogativas como a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos e da competência de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, além da própria existência de uma Suprema Corte à semelhança da Corte norte-americana”.¹⁹⁵

Além disso, também se destacam dentre as principais inovações em relação ao Poder Judiciário ocorridas no período de vigência da Carta de 1891 a instituição da Justiça Federal e, relativamente à já referida instituição da Suprema Corte, houve a passagem do Supremo Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal, com função uniformizadora da jurisprudência em matéria de direito constitucional e federal. Nesse diapasão:

¹⁸⁹ BONAVIDES, 2000, p. 167.

¹⁹⁰ BONAVIDES, 2000, p. 167.

¹⁹¹ BONAVIDES, 2000, p. 167.

¹⁹² BONAVIDES, 2000, p. 168.

¹⁹³ BONAVIDES, 2016, p. 373.

¹⁹⁴ BONAVIDES, 2016, p. 373.

¹⁹⁵ TAVARES, 2016, p. 87.

A característica principal da primeira Constituição Republicana foi a do estabelecimento da dualidade da Justiça Comum, instituindo a Justiça Federal para apreciar as causas em que a União fosse parte. Mas não só. Todas as questões de natureza constitucional seriam da competência dos juízes federais, que poderiam declarar a inconstitucionalidade das leis nos casos concretos, surgindo, assim, o controle difuso de constitucionalidade das leis em nosso país.¹⁹⁶

A partir da instalação da república, todas as demais Constituições, com exceção das Constituições outorgadas de 1937 e de 1967 e sua respectiva Emenda Constitucional nº 1, representaram avanços na ordem constitucional brasileira e, em especial, ao Poder Judiciário.

Neste sentido, “em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, [...], de disciplinar no texto fundamental [...] categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional”.¹⁹⁷

A Constituição de 1934, que substituiu o Decreto nº 19.398/1930, após quatro anos em que o País subsistiu sem Constituição em sentido formal¹⁹⁸, inaugurou a segunda república brasileira e o terceiro período constitucional de sua história, época “marcada de crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de Presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições. Sua mais recente manifestação formal veio a ser a Carta de 5 de outubro de 1988”.¹⁹⁹

A constituinte de 1934 faz surgir no Brasil uma primeira e precoce forma de Estado Social, inspirado na Constituição de Weimar de 1919, modelo de Estado voltado “a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade”²⁰⁰, e no qual a sociedade e as pessoas são os valores supremos.

Acerca dos poderes estatais, “mantinha-se a tripartição de poderes, mas estes seriam agora, além de independentes, coordenados entre si”.²⁰¹ No âmbito

¹⁹⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira**. In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília: Presidência da República/Casa Civil. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Brasília, vol. 1, n. 5, set 1999.

¹⁹⁷ BONAVIDES, 2016, p. 376.

¹⁹⁸ TAVARES, 2016, p. 90.

¹⁹⁹ BONAVIDES, 2016, p. 374.

²⁰⁰ BONAVIDES, 2016, p. 376.

²⁰¹ TAVARES, 2016, p. 91.

jurisdicional, as principais conquistas são a instituição da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral e a criação da Justiça do Trabalho.²⁰²

Todavia, este novo período republicano de evolução constitucional ocorreu quase que só formalmente, seus “preceitos [...] não chegaram a produzir alterações notáveis na realidade e na prática jurídica”²⁰³, haja vista o curto espaço de tempo para verificar sua implementação e o desinteresse do governo em sua materialização.

Diante disso, “o golpe de 1937 aproveitou uma conjuntura que lhe era favorável, diante da descrença em uma Constituição sem qualquer efetividade e de uma crise que, em parte, refletia o conflito europeu entre nazifascistas e comunistas”.²⁰⁴

A instituição do chamado “Estado Novo”, que levou à outorga da Constituição de 1937, representou um retrocesso social e político, sobretudo diante da concentração de poderes sob o domínio do Presidente. Embora a Carta constitucional tenha mantido algumas disposições de direitos e a separação das funções estatais, “Vargas governou o Brasil sem dar sequer execução à própria Carta que outorgou, a célebre ‘polaca’ de autoria do jurista mineiro Francisco Campos”²⁰⁵, ministro da Justiça da época.

No âmbito jurisdicional, restaram extintas a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral.²⁰⁶ Quando da assunção do poder, Vargas anunciou em seu “programa de reconstrução nacional” a reforma do sistema eleitoral, do que restou a própria dissolução da Justiça Eleitoral.²⁰⁷ Além disso, o Chefe do Poder Executivo passou a estabelecer que “a atividade de controle de constitucionalidade das leis, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, não seria respeitada pelo governo, se este considerasse que a decisão do STF contrariasse o interesse nacional”.²⁰⁸ Ademais,

²⁰² MENDES; BRANCO, 2016, p. 1034 e 1036.

²⁰³ TAVARES, 2016, p. 93.

²⁰⁴ TAVARES, 2016, p. 94.

²⁰⁵ BONAVIDES, 2000, p. 173.

²⁰⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira.** In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília: Presidência da República/Casa Civil. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Brasília, vol. 1, n. 5, set 1999.

²⁰⁷ BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 341.

²⁰⁸ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira.** In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília: Presidência da República/Casa Civil. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Brasília, vol. 1, n. 5, set 1999.

o texto da Carta Constitucional previa em seu art. 91 “restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade, à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados”.²⁰⁹

Dessa forma, “com suas funções mitigadas, o Judiciário estava submisso ao Executivo, assim como todas as instituições e a própria sociedade”.²¹⁰ Tais aspectos representaram um claro enfraquecimento do Poder Judiciário e, até mesmo, do sentido de justiça.

O regime de exceção de 1937 restou derrubado pelo golpe militar de 1945, movimento que foi “inspirado no sentimento de redemocratização que se enraizara na consciência nacional ao longo dos anos da presença brasileira na Segunda Guerra Mundial”.²¹¹ Com o fim do governo ditatorial, emergiu no seio nacional os velhos ideais democráticos, que em nenhum momento foi abandonado pelo povo, e se retomou, diante disso, a reconstrução do contrato social, que se implementou em 1946.

Ao lado da Constituição de 1988, como se verá, haja vista a similitude do contexto, de derrubada de regime ditatorial para a retomada da democracia, a Constituição de 1946 destaca-se pelo restabelecimento do respeito aos direitos da pessoa humana e do controle do poder estatal.

Da mesma forma como ocorrera com a Constituição republicana de 1934, a de 1946 também recebeu inspiração da Constituição alemã weimariana.²¹² A partir daí, restabelece-se a separação equilibrada das funções estatais, à medida que a Carta “buscava devolver ao Legislativo e ao Judiciário a dignidade e as prerrogativas características de um regime efetivamente democrático”.²¹³

Na seara jurisdicional, reinstalou-se a Justiça do Trabalho e criou-se o Tribunal Federal de Recursos. Embora tenha resultado, logicamente, em uma evolução constitucional, com a retomada dos fins democráticos e sociais e a centralização do governo novamente nos indivíduos, em alguns aspectos “a Carta de 46 ficou limitada aos termos programáticos de justiça social”.²¹⁴

²⁰⁹ BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 345.

²¹⁰ DONATO, Verônica Chaves Carneiro. **O Poder Judiciário no Brasil: Estrutura, Críticas e Controle**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Fortaleza, 2006. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>. p. 39.

²¹¹ BONAVIDES, 2000, p. 173.

²¹² SARASATE, Paulo. **A Constituição do Brasil ao alcance de todos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968. p. 15.

²¹³ BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 409.

²¹⁴ BONAVIDES, 2000, p. 174.

Um conjunto de fatores políticos, somados à instabilidade da democracia instalada, e agravados pela forte corrupção instalada no poder neste período, levou ao golpe de 1964 e a consolidação da ditadura militar, outorgada formalmente na Constituição de 1967. “Queremos devolver o Brasil à democracia, diziam os militares, mas antes vamos aproveitar o momento para introduzir algumas reformas e mudanças que possam garantir a longevidade de nossa ‘democracia’ e a articulação do Brasil com a economia mundial”.²¹⁵ Todavia, o reiterado discurso de segurança nacional, de significado amplo e impreciso, foi abrindo campo para a manipulação das disposições constitucionais.²¹⁶

Assim, na mesma tônica da Constituição de 1937, a Constituição autoritária de 1967 e seus respectivos Atos Institucionais e Emendas Constitucionais, configuraram evidente involução do sistema constitucional e, por consequência, dos poderes exercidos pelo Judiciário, sendo que, apesar de mantida sua estrutura estabelecida pela Constituição democrática de 1946, atribuíram-se poderes quase que incontrolados ao Chefe do Poder Executivo, inclusive de “demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade os magistrados, sendo suspensas as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade”.²¹⁷ Ou seja, a atividade judiciária estava absolutamente condicionada à vontade e aos desmandos da Junta Militar detentora do poder.

O poder arbitrário do Presidente conferido pelo sistema, com graves violações à ordem jurídico-constitucional e aos direitos dos indivíduos, “desnudou suas reais intenções, exatamente quando os dispositivos formais dos textos que garantiram a liberdade de expressão, de reunião, de imprensa, foram violentados pela censura e pela repressão policial”.²¹⁸

A partir daí o governo passa a experimentar uma crescente ilegitimidade popular, que leva o povo a tomar as ruas, especialmente em reivindicação por respeito aos direitos fundamentais, sociais e políticos. Em verdade, “o início do processo de reabertura para um regime democrático se deu durante o governo de Ernesto Geisel, que, em 13 de outubro de 1978, editou a Emenda Constitucional nº

²¹⁵ BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 429.

²¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 211.

²¹⁷ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira**. In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília: Presidência da República/Casa Civil. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Brasília, vol. 1, n. 5, set 1999.

²¹⁸ BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 444.

11, revogando os atos institucionais e complementares que contrariassem a Constituição”.²¹⁹

Com a derrubada do regime militar, em 1985, o povo retoma o poder estatal e inicia-se o processo de redemocratização do País. Diante disso, o Poder Constituinte Originário de 1988, após longo período de discussão e elaboração, promulgou a Constituição chamada “cidadã”, dedicando-se, sobretudo, a restabelecer e ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais e a atribuir a responsabilidade do Estado brasileiro em satisfazer tais direitos perante os cidadãos, haja vista o fundamento sobre o qual foi elaborada: a dignidade da pessoa humana. “A Carta de 1988 [...] é um salvo-conduto para o País sair do arbítrio e caminhar rumo à legitimidade do futuro. Se ela for eficaz, a Nação estará salva. Em 5 de outubro de 1988, perempto o regime do decreto-lei, o Brasil promulgou no Planalto a maioria da democracia representativa”.²²⁰

Em relação ao processo de elaboração e às escolhas tomadas e materializadas na Carta de 1988, deve-se levar em conta o contexto histórico vivenciado à época da constituinte, sobre o qual Ingo Sarlet assim esclarece:

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.²²¹

A especial dedicação do constituinte em relação aos direitos fundamentais é claramente verificada pela simples análise do texto constitucional. Nesse sentido, desde a “situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais”, a “própria terminologia ‘direitos e garantias fundamentais’”, a “amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos”, bem como a disposição do “art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem

²¹⁹ TAVARES, 2016, p. 107.

²²⁰ BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 489.

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 64.

aplicabilidade imediata”²²², demonstram a preocupação do constituinte originário em conferir ampla proteção às pessoas.

Da mesma forma, a volta da democracia favoreceu a (re)tomada de consciência da sociedade da importância da divisão equilibrada, independente e harmônica, dos Poderes de Estado, sobretudo da fundamental participação do Judiciário no processo democrático de maneira ativa, notadamente com vistas à concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Mais do que isso, “o novo período, que surgiu com a Constituição de 1988, conferiu ao Poder Judiciário força suficiente para participar ativamente das questões sociais e políticas”²²³, pois, se assim não fosse, “toda essa postura normativa arrojada por parte da Constituição de 1988 poderia ter sucumbido em face de um Judiciário retrógrado, inerte ou inadvertidamente reticente”.²²⁴

Assim, o Poder Judiciário passou a experimentar um rápido e constante aumento de sua atuação funcional, verificada, até mesmo, pela evolução de sua estrutura. Nesse contexto, além de a nova Constituição instituir o Superior Tribunal de Justiça, substituindo o Tribunal Federal de Recursos, com competência para uniformizar a jurisprudência atinente à legislação federal; constituir os Tribunais Regionais Federais como órgãos de segunda instância; e conferir ao Supremo Tribunal Federal o atributo de Corte Constitucional e guardião da Constituição, toda a ordem constitucional implantada favoreceu a ascensão jurisdicional pelo, cada vez mais, necessário acesso à Justiça, de forma a assegurar a satisfação dos direitos e garantias protagonizados na CF/88.

A própria noção trazida pelo constitucionalismo, sobretudo no século XX, favoreceu esta necessidade, diante do alargamento do campo material da Constituição e a instituição da ideia de Constituição dirigente ou compromissária. Segundo Ingo Sarlet, destacam-se “três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 [...], nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”.²²⁵ Nesse contexto, Manoel Gonçalves

²²² SARLET, 2015, p. 67-68.

²²³ DONATO, Verônica Chaves Carneiro. **O Poder Judiciário no Brasil: Estrutura, Críticas e Controle**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Fortaleza, 2006. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>. p. 39.

²²⁴ TAVARES, 2016, p. 113.

²²⁵ SARLET, 2015, p. 65.

Ferreira Filho, citando expressões utilizadas por Canotilho acerca do tema, assim se manifesta:

[...] a Constituição há de estabelecer o rumo a ser seguido pelo Estado, que se imporá na atuação dos governos sucessivos. Define uma “direção política constitucional (*indirizzio costituzionale*)”, de caráter permanente, a que se subordina a “direção política de governo (*indirizzio governativo*)” que é contingente. Esta “vinculação jurídico-constitucional dos atos de direção política não é apenas uma vinculação através de limites, mas uma verdadeira vinculação material”.²²⁶

Esta doutrina da Constituição dirigente inspirou vários juristas pátrios e, inclusive, “influenciou muitos dos participantes da Constituinte brasileira de 1987/1988”²²⁷, embora tal modelo não tenha sido, propriamente, consagrado na CF/88, vez que esta é “essencialmente uma Constituição-garantia, mas de campo alargado ao social e ao econômico”.²²⁸

Especificamente em relação à Carta de 1988 e à ordem constitucional e jurídica instalada a partir da redemocratização do País, podem-se elencar como causas, dentre as principais, da ascensão do Poder Judiciário a considerável ampliação do rol dos direitos e garantias fundamentais – especialmente os sociais –, a promoção do exercício mais efetivo da cidadania, o inovador sistema de controle de constitucionalidade instaurado, a necessidade de efetivação de políticas públicas e da legislação vigente combinada com a conduta omissiva ou insuficiente dos demais Poderes muitas vezes verificada e a vigência de um ordenamento jurídico eminentemente principiológico e constituído de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados propícios à atividade interpretativa.

Soma-se a isso o modelo de Estado democrático-social, de caráter intervencionista, “que a tudo provê e que em tudo intervém”²²⁹, adotado e praticado no Brasil, que leva à cultura social de que o Estado deve assistir os indivíduos em tudo o quanto os mesmos necessitem. Nesse entendimento, se as funções de governo – administrativa e legislativa – não provirem às pessoas em suas

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 487 *apud* FERREIRA FILHO, 2015, p. 41.

²²⁷ FERREIRA FILHO, 2015, p. 41.

²²⁸ FERREIRA FILHO, 2015, p. 41.

²²⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 285.

necessidades ou não satisfizerem seus direitos juridicamente assegurados, o Poder Judiciário, mediante o exercício da jurisdição, vem compelindo-os a fazê-lo.

Em decorrência do novo modelo adotado, o Estado obrigou-se a expandir o seu campo de proteção em relação aos indivíduos, especialmente no sentido de buscar concretizar uma igualdade material. Para tanto, instituiu leis de proteção aos consumidores, aos idosos, aos menores, às mulheres, e aumentou consideravelmente a seara de proteção aos trabalhadores. Nesse sentido, quanto maior a proteção e mais direitos instituídos, maior é a possibilidade de violação e, assim, maior a necessidade de atuação jurisdicional para restabelecer a ordem.

Todavia, com a célere ascensão da função jurisdicional, também sobrevieram alguns problemas, antes não verificados com clareza, em relação ao Poder Judiciário, no sentido de estar este apto ou não a experimentar este crescimento, conforme leciona Moreira:

Mais precisamente no que respeita ao Poder Judiciário, ao contrário, pode-se inclusive afirmar que a nova ordem constitucional acabou colaborando, em certa medida, com o agravamento de uma situação de crise – compreendida enquanto atuação deficitária – que, de alguma forma, já vinha mesmo sendo desenhada há algum tempo e que ainda encontra-se pendente de um devido equacionamento tanto no que respeita à sua função instrumental, na composição formal dos conflitos, como no tocante a sua relevância político-institucional, enquanto poder do Estado.²³⁰

Diante do crescimento da atuação jurisdicional é que se fez possível verificar com maior evidência a necessidade de ampliação da estrutura funcional do Poder Judiciário, englobando aspectos como pessoal, financeiro, material e patrimonial, o que foi sendo constatado e, quanto possível, melhorado ou solucionado pelo Estado.

Além disso, a ampliação da atuação jurisdicional, embora se mostre natural diante do modelo constitucional vigente e, até mesmo, necessária à concretização dos fins propostos pelo Estado Democrático de Direito, tem gerado muitas e severas críticas quanto à forma como têm agido alguns órgãos jurisdicionais frente a este poder elevado que tem lhe sido conferido.

Neste contexto, um dos juristas que encabeça essa crítica é Lenio Streck, segundo o qual a forma como o Poder Judiciário vem exercendo sua ampliada função chega a fragilizar a democracia, vez que são os juízes que vêm

²³⁰ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2004. p. 65.

determinando o que é legal ou ilegal, o que é moral ou imoral, ou seja, os direitos da sociedade vêm dependendo da opinião e da vontade dos magistrados. Assim:

O Direito no Brasil fez uma opção equivocada pelo protagonismo judicial. Aqui, vale o que, em outro contexto, disse, há mais de 100 anos, o juiz Holmes, nos EUA: o direito é o que o Judiciário diz que é. Isso fragiliza a democracia. E fragiliza as garantias. Nossos direitos passam a depender da opinião pessoal dos juízes. Dependemos de sua concepção moral. E quando essa concepção moral se contrapõe à lei e à Constituição, os juízes - e Moro é um exemplo privilegiado desse modelo - optam por sua moral pessoal. O pior disso é que parcela enorme da comunidade jurídica virou torcedora.²³¹

Como se vê, Lenio Streck, além de manifestar dura crítica ao modelo brasileiro, que oportunizou este elevado poder à função jurisdicional, posiciona-se contrariamente à conduta dos representantes do Poder Judiciário pela forma como vêm conduzindo – subjetivamente – o exercício da função e, também, à recepção e manifestação favoráveis da sociedade com este agir.

Consoante o jurista, a subjetividade do agir jurisdicional ganha espaço a partir do momento em que a lei e a razão legislativa não têm o potencial de prever em si todas as possibilidades de sentido e aplicação. Assim:

Quando a razão legislativa não consegue mais segurar em si todos os sentidos, a vontade – o elemento determinante da filosofia da consciência; a manifestação mais decisiva da subjetividade – salta do nível político para o nível judicial. Não é a toa que Kelsen chama o âmbito das práticas jurídicas de política jurídica e diz que ali se pratica a interpretação como um ato de vontade [...].²³²

Através do exemplo citado – *Operação Lava-Jato, conduzida pelo juiz federal Sérgio Moro* –, o qual representa, muito bem, uma decorrência da judicialização e um reflexo da ativa atuação praticada pelos órgãos judiciais, temas que serão adiante enfrentados, Lenio Streck evidencia que, além de o modelo constitucional brasileiro ser propício à judicialização, são também os próprios indivíduos que requerem um Judiciário atuando mais amplamente.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Juízes não são donos da lei**. Entrevista concedida ao Jornal do Comércio impresso em 18/10/2016. In: *Jornal do Comércio*. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2016/10/cadernos/jornal_da_lei/525881-juizes-nao-sao-donos-da-lei.html>. Acesso em 30/12/2016.

²³² STRECK, 2014, p. 145-146.

O autor não retira, contudo, a subjetividade necessária que deve ser atribuída aos julgadores para interpretar o ordenamento jurídico vigente para aplicar diante dos casos concretos:

Ora, juiz aplica o Direito. Não constrói direito. Claro que o juiz não é o escravo da lei. Juiz tem subjetividade. Qualquer um sabe disso. Mas essa subjetividade não deve se sobrepor à lei e à Constituição. Portanto, se ele não é escravo da lei, também não é dono da lei. Não vamos ao Judiciário para saber a opinião pessoal do juiz sobre um assunto. Queremos saber o que a lei diz. E ele deve ler a lei. Mas não fazer uma nova, segundo o seu pensamento individual.²³³

Como para se analisar a transcrita opinião do jurista necessita-se avançar à noção de judicialização e de ativismo judicial e estes temas serão objeto de estudo aprofundado a seguir e no próximo capítulo, por ora basta a noção de que a judicialização, que tem como causa ampla o próprio sistema constitucional brasileiro adotado com a promulgação da CF/88, ao mesmo tempo em que se afigura necessária para o controle e efetivação de direitos e políticas públicas, também é objeto de fundadas críticas no sentido de um excessivo exercício da função jurisdicional.

Dessa forma, interessa ao presente estudo, neste primeiro momento, analisar não a suposta crise supra-aventada ou as críticas tecidas à ampla ascensão jurisdicional, mas, sim, as causas antes elencadas, às quais se atribui parte considerável da razão da franca ascensão da função jurisdicional pós Constituição de 1988 e, principalmente, o fenômeno da judicialização, o qual está intimamente relacionado aos aspectos apontados como causas desta ascensão.

2.4. A crescente judicialização dos conflitos: noções gerais e contextualização

Como já sustentado, nas últimas décadas, sobretudo após a promulgação da CF/88, o Poder Judiciário brasileiro passou a experimentar uma ascensão funcional que tem levado o mesmo a apreciar e resolver questões de grande importância jurídica, social e política de forma, cada vez mais, ativista.

²³³ STRECK, Lenio Luiz. **Juízes não são donos da lei**. Entrevista concedida ao Jornal do Comércio impresso em 18/10/2016. In: *Jornal do Comércio*. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2016/10/cadernos/jornal_da_lei/525881-juizes-nao-sao-donos-da-lei.html>. Acesso em 30/12/2016.

O desempenho da atividade funcional de forma mais ampla envolve todos os órgãos jurisdicionais, mas é mais evidentemente verificada em relação ao Supremo Tribunal Federal, que, além de deter a competência para o controle abstrato de constitucionalidade, em última análise, é quem enfrenta, decide e forma entendimentos de modo definitivo e vinculante sobre os demais órgãos.

Esta atuação, decorrência lógica e necessária da nova ordem constitucional instalada, haja vista as causas supraelencadas, tem, contudo, gerado opiniões controversas, “vaias” e “aplausos”, e, por isso, requer maior atenção e análise, o que o presente trabalho almeja.

O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo²³⁴

Apesar de ser um fenômeno, dá para se dizer, global, notadamente em relação aos países ocidentais, o caso brasileiro possui especial notoriedade, tamanha a íntima aproximação entre aspectos jurídicos, sociais e políticos submetidos à apreciação dos órgãos jurisdicionais, especialmente da Suprema Corte, bem como “pela extensão e pelo volume”.²³⁵ Soma-se a isso a visão sobre o Judiciário como meio de implementação das promessas – não cumpridas – da modernidade, de forma a suprimir a inércia funcional dos demais Poderes, ampliando, por consequência, o âmbito de atuação da jurisdição constitucional.²³⁶

Diante disso, o Poder Judiciário ganhou evidência além do seu âmbito, além dos processos, além das partes.

Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27/12/2016. p. 1.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27/12/2016. p. 2.

²³⁶ STRECK, 2014, p.

últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais – que a maioria dos jornais não tem, embora seja uma boa idéia –, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia.²³⁷

O referido fenômeno, que coloca sob a égide dos órgãos jurisdicionais questões de cunho eminentemente político e social, as quais, em princípio, caberiam aos Poderes Legislativo e Executivo disporem, é chamado de judicialização. A judicialização representa, assim, a transferência ao Poder Judiciário de decisão que caberia ser tomada pelos outros Poderes, em virtude da provocação por parte interessada e em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O mesmo entendimento de que a judicialização, assim como o ativismo judicial, é noção que atrela a atuação do Poder Judiciário a uma interferência na seara dos demais Poderes verifica-se no pensamento do cientista político sueco, Torbjorn Vallinder:

*[...] the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.*²³⁸

Neste mesmo sentido:

*[...] a judicialização da política, termo comumente utilizado, assim como ativismo judicial, para apontar a interferência do Poder Judiciário sobre os campos da legislação e da conformação da vontade política, consiste em transformar algo, no caso, a política, em uma metodologia própria do processo judicial, por isso judicialização.*²³⁹

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27/12/2016. p. 2.

²³⁸ “[...] a judicialização da política normalmente significa tanto (1) a expansão da jurisdição das cortes ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisões do legislativo, do ministério, ou da administração pública para as cortes ou, ao menos, (2) a expansão de métodos de tomada de decisão judicial fora da esfera judicial em específico. Resumindo, podemos dizer que a judicialização essencialmente envolve transformar algo em alguma forma de processo judicial”. (VALLINDER, Torbjörn. **When the courts go marching in**. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 13, tradução nossa).

²³⁹ FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>. p. 70.

A doutrina em geral que se ocupa em estudar a judicialização busca, como regra, estabelecer uma correlação desta com o ativismo judicial, haja vista a proximidade – mas, guardadas as devidas diferenciações, a serem tratadas no próximo capítulo – dos fenômenos. Nesta correlação, compara-se a função jurisdicional às demais funções do Estado, do que resulta a necessidade de busca do Judiciário para fazer realizar direito não amparado por outro Poder, que deveria fazê-lo, e a conseqüente resposta judicial, com base na inafastabilidade da jurisdição, com ampliação do âmbito de sua atuação.

Não há um consenso doutrinário quanto a uma conceituação do termo judicialização, porém todos os conceitos encontram nestes aspectos um ponto de convergência.

Além disso, em todas as noções atribuídas ao vocábulo na doutrina é pacificado o entendimento de que a judicialização encontra terreno fértil na “transição de sistemas autoritários para sistemas democráticos”.²⁴⁰

Nesse entendimento, a judicialização promove uma direta relação entre o Poder Judiciário, a política e a sociedade de um País, representando claro instrumento de promoção da democracia, já que serve de controle e repressão às atitudes políticas tomadas e omissões funcionais praticadas pelos Poderes e órgãos competentes e como forma de efetivação de direitos dos indivíduos constitucionalmente assegurados e não concretizados pela ausência ou insuficiência de políticas públicas adequadas.

Isso somente é possível em regimes democráticos, pois requer o reconhecimento e garantia de direitos, a liberdade de ação dos indivíduos de pleitear a satisfação de seus interesses através de um processo judicial e a autonomia do Poder Judiciário em exercer sua função típica de maneira desvinculada e sem quaisquer condicionamentos por outro Poder, com a possibilidade, inclusive de adentrar em outros aspectos, além do judicial, que devem ser analisados diante de um provimento jurisdicional. “O processo judicial e sua interação com o conjunto do sistema político, por suas implicações políticas, econômicas e sociais, constitui uma

²⁴⁰ RÊGO, Cristiane. **Do Fenômeno da Judicialização**. In: *Publica Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a33b11cfa5f7f31>>. Acesso em: 30/12/2016.

forma de articulação de conflito e exercício de poder de extrema importância nas democracias constitucionais”.²⁴¹

De outro norte, a judicialização promove a ingerência do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, o que, apesar de se afigurar, na maioria dos casos, necessário, gera a dúvida acerca da legitimidade e legalidade deste agir, em razão da independência existente entre os Poderes, pela qual nenhum Poder pode interferir no âmbito funcional dos demais.

Se por um lado a Constituição conquista de fato uma força normativa e efetividade, tornando possível a judicialização dos direitos fundamentais com aplicabilidade direta e imediata por juízes, por outro lado, tal processo acaba por colocar em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, “desorganizando a atividade administrativa e impedindo alocação racional dos escassos recursos públicos”.²⁴²

O risco referido leva, segundo Ingo Sarlet, ao surgimento de tentativas de frear a judicialização e, neste caminho, de entendimentos que refutam, em se tratando de direitos sociais, a titularidade individual de tais direitos, com vistas a evitar o pleito judicial individual pela realização de tais direitos. Neste sentido:

Em verdade, causa mesmo espécie que de uns tempos para cá, haja quem busque refutar – ainda que movido por boas intenções – a titularidade individual dos direitos sociais, como argumento de base para negar-lhes a condição de direitos subjetivos, aptos a serem deduzidos mediante demandas judiciais individuais. O curioso é que notoriamente se trata de uma nova – e manifestamente equivocada – estratégia para impedir (o que é inaceitável sob todos os aspectos) ou eventualmente limitar (o que acaba sendo menos nefasto, e, a depender dos parâmetros e do contexto, até mesmo adequado) a assim chamada judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social.²⁴³

Pode-se, neste entendimento, incentivar a tutela judicial coletiva de direitos fundamentais sociais. Todavia, não se pode querer impedir o intento individual, haja vista que cada indivíduo detém a titularidade de tais direitos. Assim, promover o

²⁴¹ CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Artigo apresentado no XX Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, MG, 1996. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em 27/12/2016.

²⁴² MACEDO, Maiara Batalini de. **A judicialização da saúde pública e o diálogo institucional como garantia de equidade social**. Artigo apresentado no XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Belo Horizonte, MG, 2015. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4qiqydiv/ODP1RYOOq7KmFuzR.pdf>. Acesso em 29/12/2016.

²⁴³ SARLET, 2015, p. 223.

pleito coletivo é possível, “desde que não impeditiva da tutela individualizada, ainda mais quando não se trata, neste caso, de afastar a titularidade individual dos direitos sociais, mas sim, de otimizar a proteção judicial e a própria efetividade dos direitos sociais para um número maior de pessoas”.²⁴⁴

É por se verificar os dois lados – contribuições e riscos – desta atuação jurisdicional mais ampla e o protagonismo adquirido pelos órgãos do Poder Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, que a presente reflexão se faz pertinente.

É em decorrência da ampla judicialização que surge, portanto, o chamado ativismo judicial, como sendo a atuação mais ampla, intensa, ativa e, conforme entendimentos críticos, muitas vezes, excessiva do Poder Judiciário diante do exercício da função jurisdicional, avançando sua análise sobre outros aspectos – sociais, políticos, econômicos – que, em princípio, cabem aos Poderes com atribuições políticas.

Por esta razão, faz-se necessária uma análise mais aprofundada acerca da judicialização, suas causas, principais aspectos e implicações, para, posteriormente, adentrar no objeto principal da presente dissertação, qual seja, o ativismo e a proatividade judiciais.

2.4.1. A judicialização da vida e a judicialização da política

Ao se estudar a judicialização, verifica-se a tendência da doutrina em atribuir à expressão um sobrenome. Dentre as nomenclaturas, duas ganham maior incidência: judicialização da vida e judicialização da política.

Isso não significa dizer que há várias espécies de judicialização. Judicialização é um fenômeno só, com várias causas que o motivam. Como visto, pode ser concebido como a submissão à análise e decisão do Poder Judiciário de, cada vez mais, aspectos, além de jurídicos, também de outras naturezas que, a princípio, caberiam aos demais Poderes a ingerência, como sociais, morais e políticos. Decorre do amplo acesso à justiça conferido constitucionalmente aos indivíduos e tem como consequência necessária a decisão judicial em nome da inafastabilidade da jurisdição.

²⁴⁴ SARLET, 2015, p. 223.

De qualquer forma, a atribuição de diferentes nomenclaturas possui justo motivo e motivação. Nesse sentido, faz-se importante analisar as duas nomenclaturas mais verificadas na doutrina.

A expressão “judicialização da política” é utilizada, eminentemente, para inter-relacionar o Direito e a política e, conseqüentemente, o Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo, os quais são representativos dos interesses sociais e políticos da sociedade.

Nesse contexto, a separação entre Direito e política é considerada essencial no Estado constitucional democrático. A política possui por bases a soberania popular e a vontade da maioria, exercida pela representação política que se constitui através do voto; já o direito toma como fundamento a supremacia da lei e, sobretudo, o respeito e satisfação dos direitos e garantias fundamentais.

Apesar disso, embora sejam valores apartados e devam guardar autonomia entre si, Direito e política interagem direta e mutuamente, e o que se vê, na realidade e na prática, é que a autonomia entre os ramos é mitigada.

Para verificar esta relação, é importante distinguir dois momentos de evidência do Direito: o de sua criação e o de sua aplicação. No plano de criação, é impossível a separação entre Direito e política, vez que aquele é o produto da atuação típica dos Poderes político-representativos, isto é, o processo de criação do Direito é essencialmente político. Já no plano de aplicação do Direito, a separação com a política se faz necessária como forma de manutenção da legitimação democrática e de preservação da independência entre os Poderes – do Poder Judiciário, para que este não possa sofrer influências políticas diante de seus julgamentos, e dos demais Poderes, para que o Judiciário aplique o Direito posto, e não tenha a pretensão de criar o Direito.

Diante dessa íntima relação é que se chega à análise da judicialização da política aqui proposta. A expressão refere-se à atuação jurisdicional, constitucionalmente legitimada, que reflete ou interfere na seara política e, assim, no campo de atuação dos demais Poderes.

Nos últimos anos, diante da constatação da expansão dos poderes judiciais nas democracias contemporâneas, tornou-se corrente entre os cientistas políticos o uso da expressão *judicialização da política* para referir-se à

interferência de decisões judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas.²⁴⁵

No Brasil, pós-Constituição de 1988, “toda a nova disciplina constitucional e infraconstitucional acerca da estrutura e do funcionamento do Supremo, ampliando o acesso à jurisdição concentrada e abstrata e os poderes de decisão, favoreceram a judicialização da política e das grandes questões sociais no seu âmbito de atuação”.²⁴⁶ Portanto, a própria ordem constitucional vigente cria condições para a judicialização de temas atinentes ao campo político e para o efetivo enfrentamento do Judiciário frente a estas questões.

Em decorrência disso, “importantes questões, tradicionalmente deliberadas e resolvidas nas arenas políticas – Legislativo e Executivo –, passaram, rotineiramente, a ser questionadas no Supremo, principalmente, por meio de ADIs”.²⁴⁷ Questões atinentes ao campo da legislação e da vontade política passam à metodologia do processo judicial, a serem resolvidas pelo provimento jurisdicional.

Assim, quando o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, é provocado a analisar matérias, além de jurídicas, de outras naturezas, como de cunho político, social, econômico ou moral, visando dar a resposta para a qual foi acionado, em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição, estará configurada a chamada judicialização da política.

A relação entre Direito e política e a consequente judicialização da política é muito bem explicitada por Maciel e Koerner, os quais se baseiam na doutrina de Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder para chegar ao seguinte entendimento:

Judicializar a política, [...], é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais

²⁴⁵ ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil**. In: *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, v. 19, n. 40, p. 195-209, jun/2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v19n40/14.pdf>>. p. 195. Acesso em: 05/01/2017.

²⁴⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 240.

²⁴⁷ CAMPOS, 2014, p. 240.

no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).²⁴⁸

O fenômeno, como se vê, pode ser analisado como uma ampliação das funções do Judiciário enquanto Poder protetor da sociedade e dos interesses desta, como concretizador dos fins estatais almejados constitucionalmente, e como controlador dos atos dos demais Poderes e da ordem jurídica constitucional.

Porém, como bem pode se concluir, esta análise judicial de questões não jurídicas e este referido controle exercido não são uma iniciativa deliberada do Poder Judiciário, mas uma condição que o próprio sistema constitucional brasileiro, ao dispor sobre questões políticas, impôs-lhe. “A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na constituição”.²⁴⁹ Nesse contexto, “da política vieram as leis que passaram a julgar a própria política”.²⁵⁰

[...] a judicialização maciça hodiernamente existente no Brasil, tem como causa o desenho institucional brasileiro, não se tratando, como já referido, de uma opção política do Poder Judiciário, mas sim de uma contingência de um país periférico que ainda está a dever as promessas incumpridas do *welfare state*, em nada se assemelhando, como pode parecer, com ativismos judiciais, pois embora possam pertencer a uma mesma família, não possuem origem comum.²⁵¹

Uma vez atribuído a questões de natureza política o caráter jurídico dá-se o direito de qualquer pessoa optar pela via judicial para debater questões que, num primeiro momento, envolvam a atuação dos Poderes políticos, porque a ordem jurídica vigente assim permite, e, em decorrência, o poder-dever dos órgãos do Poder Judiciário de apreciarem e decidirem sobre tais questões.

De acordo com Marcos Paulo Veríssimo, contudo, mais do que uma consequência do sistema vigente, a judicialização é oportunizada por um desequilíbrio institucional, vez que o “processo de transferência de prerrogativas do

²⁴⁸ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. In: *Lua Nova*. 2002, n. 57, p. 113-133. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. p. 114. Acesso em: 05/01/2017.

²⁴⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro. Editora Revan. 1999. p. 40.

²⁵⁰ SOUZA, Franco Aurélio Brito de. **Uma breve abordagem sobre a Relação entre Estado, Direito e Política**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 87.

²⁵¹ VALE, Luis Manoel Borges do; SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Sobre Ativismos e Discricionariedades**: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado no XXV Encontro Nacional do Conpedi em Brasília – DF, 2016. p. 390-391.

parlamento e dos órgãos executivos às cortes de justiça não se dá sem um certo desencontro de paradigmas institucionais”.²⁵² Isso porque a judicialização, em muito, é motivada pela falta praticada pelos demais Poderes, que leva as decisões que deveriam ser tomadas pelo debate público entre iguais nas assembleias, fazendo valer a vontade da maioria, ao crivo dos juízes e tribunais.²⁵³

Um problema surge como consequência desta sistemática, o qual desembocará na análise principal deste estudo, no ativismo judicial. Neste sentido, um julgador, antes de mais nada, é um cidadão, que vota, que faz escolhas políticas, que vive em sociedade, que pensa, que possui ideologias. Isso tudo, diante de uma apreciação eminentemente política, acaba naturalmente por retirar da jurisdição uma de suas características fundamentais, a imparcialidade.

A partir dessa realidade, mais uma vez vem à baila a ligação intrínseca entre Política e Direito, pois, se o governo das leis não é outra coisa senão um governo de políticos que criam leis para si, para os outros e para o governo, essa faceta imperfeita do ser humano também alcança as decisões jurídicas, haja vista que, semelhantes aos homens da política, os juízes decidem com seus valores e (pré) conceitos em virtude de não serem capazes de bloquear a transferência de suas tendências, falhas e deficiências para suas práticas jurídicas.²⁵⁴

Nesta seara, importante relacionar a judicialização da política e a politização da justiça, inversão que é feita, propositadamente, por alguns estudiosos do tema. A semelhança entre os termos é evidente, já que ambos relacionam os ramos jurídico e político, em consonância com a análise proposta.

Todavia, diferentemente daquela, a politização da justiça diz respeito à influência de interesses políticos e concepções pessoais diante de decisões que envolvam a análise de questões não jurídicas, como, por exemplo, na escolha de seus integrantes por critérios pessoais ou ideológicos, ou no uso da função jurisdicional como meio de luta ou defesa de determinados interesses que fogem dos efeitos burocráticos e processuais atinentes às decisões.

²⁵² VERISSIMO, Marcos Paulo. **Judicialização da Política: Conceitos, Caminhos, Problemas.** In: VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988.* Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php>>. p. 25. Acesso em: 27/01/2017.

²⁵³ VERISSIMO, 2006, p. 25.

²⁵⁴ SOUZA, 2010, p. 88.

A judicialização da política, como visto, é efeito natural do sistema jurídico-constitucional vigente; a politização da justiça, por outro lado, é movimento que deve ser refutado.

As problemáticas surgidas diante da judicialização, no entanto, não são o objetivo do presente capítulo, mas farão parte da análise proposta no capítulo seguinte. Neste momento, basta a compreensão de que a “judicialização da política” é uma das formas de se enxergar o fenômeno da judicialização, no caso a judicialização como ingresso em juízo para questionar questões não puramente jurídicas, que façam o Poder Judiciário, no exercício do seu poder-dever jurisdicional, em nome do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, atuar de forma mais ampla e analisar questões de outras naturezas que, à primeira vista, caberiam aos poderes políticos.

A outra nomenclatura usualmente verificada é “judicialização da vida”. Esta expressão, entende-se, é ainda mais abrangente do que a primeira. Ao utilizar a complementação “da vida”, a judicialização é aquela que abarca todas as questões que, num primeiro momento, poderiam e deveriam ser solucionadas por outros Poderes e órgãos, mas que, por opção ou diante da omissão ou insuficiência da atuação destes, são levadas ao crivo jurisdicional para a concretização de direitos ou satisfação de necessidades sociais. Todos os acontecimentos que, de alguma forma, podem gerar reflexos ou consequências à vida, individual ou social, está compreendido nesta concepção de judicialização.

A terminologia e o seu significado remetem ao sentido sociológico atribuído por Jürgen Habermas ao chamado “mundo da vida”, que, na teoria habermasiana, é o cenário em que se dá o agir comunicativo.²⁵⁵

Segundo o filósofo alemão, o mundo da vida “manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo”.²⁵⁶ A ação visada, portanto, é a interação com outras pessoas por meio da linguagem, envolvendo uma racionalidade substantiva, uma preocupação com a validade ou correção das normas e valores vigentes no grupo, como resultado de um consenso social.

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. v. 1. 2. ed. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 42.

²⁵⁶ HABERMAS, 2003, p. 42.

Quanto maior ou mais complexa for a sociedade, maior a racionalização e a necessidade de comunicação entre os indivíduos e as instituições para a manutenção da ordem no mundo da vida, uma vez que:

Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida.²⁵⁷

É exatamente em virtude dessa diversidade de “mundos da vida” que se exige uma ordem social baseada na racionalidade e na interação e no agir comunicativo como forma de se encontrar o conhecimento e o entendimento. Uma falha na comunicação agregada à diversidade de pensamentos e de interesses pode levar à desordem e ao conflito.

Neste entendimento, Habermas questiona “como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?”²⁵⁸ Da mesma forma, “como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes?”²⁵⁹

Num primeiro momento, os fatos do mundo da vida devem ser solucionados e confortados pelos próprios atores com base na racionalidade, na integração e na comunicação. Neste sentido, as ações sociais são coordenadas, em primeiro lugar, por normas e valores comunicativamente estabelecidos e mediados, bem como pelos fins e sentidos socialmente definidos que tanto se originam do mundo da vida quanto também a constituem. Isso quer dizer que as ações são coordenadas no “mundo da vida”, cujo padrão é a ação comunicativa.

Pela teoria do agir comunicativo define-se o agir como um "processo circular no qual o ator é duas coisas ao mesmo tempo: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis"²⁶⁰, e é o produto “das tradições nas quais

²⁵⁷ HABERMAS, 2003, p. 44.

²⁵⁸ HABERMAS, 2003, p. 45.

²⁵⁹ HABERMAS, 2003, p. 46.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 166.

se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria”.²⁶¹

Todavia, nem todas as tensões são afastadas pelo entendimento integrativo dos indivíduos, o que é reconhecido pelo filósofo. É para garantir a segurança e o entendimento nos casos em que a comunicação e a racionalidade não foram capazes de gerar no mundo da vida que surge o Direito e a necessidade de instituições estatais com poderes para apaziguar os conflitos.

Em relação ao Direito, Habermas afirma que “em sociedades organizadas em forma de Estado, a ordem normativa natural é reformulada em normas do direito”.²⁶² Isso dá ensejo ao processo de “juridificação”, conceituado como “um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despojados da sua dimensão existencial própria através do formalismo jurídico, e desnaturados em virtude da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica”.²⁶³ Para Habermas, o referido processo, em relação aos âmbitos de ação estruturados comunicativamente, passa a ser organizado sob a forma do direito moderno. Num segundo momento, em persistindo o conflito, a resolução passa ao nível das instituições.

Aproveitando-se da teoria habermasiana, e avançando no presente estudo, a ordem jurídica vigente em um Estado visa estabelecer o regramento das condutas sociais, estabelecendo direitos, deveres, faculdades, proibições, tudo no sentido de disciplinar a vida em sociedade e manter a harmonização entre os indivíduos que fazem parte deste meio. Neste sentido, em relação à evolução da ordem jurídica que regula a vida em sociedade, Marcelo Galuppo afirma, em outras palavras, que o conjunto de práticas e de novos direitos, que têm origem na diversidade, no pluralismo e no caráter complexo das sociedades contemporâneas, são fomentados pela expansão da vida democrática e pelo desenvolvimento social e tecnológico.²⁶⁴

O sistema normativo é, assim, elaborado e atualizado para ser suficiente à manutenção da ordem, sem a necessidade de interferência do Poder Judiciário para assegurar o cumprimento do regramento vigente.

²⁶¹ HABERMAS, 1989, p. 166.

²⁶² HABERMAS, 2003, p. 45.

²⁶³ TEUBNER, Gunther. **Juridificação: Noções, Características, Limites, Soluções.** Revista de direito e Economia. Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos. Ano XIV. p. 26.

²⁶⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito:** ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36 n. 143, jul./set. 1999. p. 204.

Sob essa visão, o Direito realiza os fins a que se destina, num primeiro momento, quando os cidadãos, destinatários das normas jurídicas, praticam-no e o fazem realizar concreta e efetivamente, fazendo com que seu conteúdo se torne prática social cotidiana, ou seja, o Direito se realiza com a obediência natural e voluntária ao conjunto normativo posto em vigência para regular as relações sociais e manter a ordem.

Todavia, como já dito, o sistema constitucional vigente assegura um amplo acesso à justiça a todos aqueles que se sentirem de alguma forma lesados ou que tenham pretensões juridicamente asseguradas, porém resistidas. Assim, não há um pré-requisito de tentativa de solução extrajudicial ou amigável de iminentes conflitos, podendo qualquer pessoa optar diretamente pela via judicial. “Dentro do contexto democrático e desenvolvimentista surgem novas questões, novos atores, novas demandas a serem apreciadas pelo poder judiciário”.²⁶⁵

Ademais, parece ser da natureza humana o sentimento de que os conflitos devam ser intermediados por um terceiro, sem ao menos a tentativa de um diálogo, de uma solução pacífica e amigável. Cada vez menos as pessoas buscam uma composição autônoma, o que se dá, em parte, segundo a análise dos “tempos hipermodernos” de Gilles Lipovetsky, em razão da nova economia psíquica, de uma “desregulamentação econômica” e do crescimento do “hiperindividualismo”.²⁶⁶

Nesse sentido, o sentimento individualista, que afasta o pensamento individual do coletivo, acaba por distanciar a sociedade da intenção pacificadora do Direito, ensejando, por consequência, a cada vez mais crescente judicialização dos conflitos. Assim, o Poder Judiciário, que deveria ser a *ultima ratio* ou última alternativa de solução de conflitos e de estabilização social, acaba sendo a *prima ratio* na resolução de controvérsias, lógica que vai de encontro ao ideário contemporâneo do processo, qual seja, de buscar meios alternativos de solução de conflitos²⁶⁷, já que desjudicializar pode ser a forma mais adequada e eficaz de se alcançar a justiça. Nesse contexto, “o exagerado patamar de litigiosidade em uma

²⁶⁵ OLIVEIRA, Moisés Mileib de. **O Ativismo Judicial e a tutela da cidadania**: a postura ativista do Judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraMM_1.pdf>. p. 82. Acesso em: 27/01/2017.

²⁶⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **Tempos Hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 53.

²⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 61-68.

sociedade não significa, necessariamente, proporcional sensação de justiça pelos seus membros”.²⁶⁸

Como decorrência dessa tendência, permite-se a redução a ações individualizantes de questões atinentes à esfera político-social, e, mais, o crescimento de demandas judiciais irrelevantes do ponto de vista social. Nessa ideia, o processo judicial, não raras vezes, torna-se instrumento de realização de projetos pessoais ou, até mesmo, de tentativa aventureira de buscar benefício baseado no “vai que cola”.

De qualquer forma, o acesso à justiça é garantia inafastável em um Estado Democrático de Direito, assim como a impossibilidade de o Poder Judiciário afastar-se diante de uma pretensão baseada em ameaça ou violação a direito posto a sua apreciação. Em especial, quando se trate de implementar um direito atinente à saúde, situação que, em relação ao número e à diversidade de demandas, o Estado brasileiro encontra-se em posição de destaque:

Embora o Brasil, juntamente com a Colômbia e alguns outros países, ocupe seguramente uma posição de destaque no que diz com o número e a diversidade de ações judiciais na área do direito à saúde e mesmo em termos do número de condenações impostas ao poder público, a assim chamada “judicialização da saúde” representa fenômeno em escala mundial, o que convém seja registrado, ainda que aqui não se possa adentrar o exame de outras experiências nessa seara.²⁶⁹

Dessa maneira, a judicialização da vida é fenômeno de nível mundial, mas potencializado no Brasil, cujo sistema constitucional vigente permite a busca pelo Poder Judiciário para discutir as mais diversas espécies de questões, não só jurídicas, mas de múltiplas naturezas.

Seja sob a nomenclatura de judicialização da política, seja sob a denominação de judicialização da vida, ou seja, simplesmente, chamado de judicialização, o fato é que o Poder Judiciário tem sua função em crescente evidência dado, sobretudo, a este fenômeno, cujas mais notáveis causas serão explicitadas mais abaixo.

²⁶⁸ SANTOS, Marina França. **O dever da Administração Pública de promover a justiça**: Eficiência, Moralidade e Juridicidade na solução dos conflitos. In: *Revista da AGU*. v. 12, n. 38, p. 341–372, out./dez., 2013. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/20982558>. Acesso em: 28/04/2017.

²⁶⁹ SARLET, 2015, p. 341-342.

2.4.2. Principais causas da judicialização dos conflitos no Brasil

A judicialização tem como marco histórico originário, no mundo, o pós-segunda guerra mundial, a partir de 1945, num período de transição de regimes autoritários em queda para a ascensão das democracias, com o restabelecimento das ordens constitucionais e jurídicas assecuratórias de direitos e garantias aos indivíduos, num processo marcado pela transferência de poderes, até então monopolizados pelo Legislativo e, sobretudo, pelo Executivo, para o Judiciário, em razão do avanço da justiça constitucional em relação às instituições de caráter político-representativo. Neste sentido:

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.²⁷⁰

No Brasil, a causa primeira da judicialização e da qual decorrem todas as demais é a redemocratização ocorrida a partir da promulgação da CF/88. Com o fim do regime militar em 1985, marcado pela eleição de Tancredo Neves, e o rompimento com a Constituição autoritária de 1967, surge uma nova constituinte baseada, destacadamente, em ideais de liberdade, democracia e justiça social.

Insta fazer referência que na Constituição de 1934, embora o Estado brasileiro estivesse estruturado sob um regime democrático e em evidente evolução em relação a mecanismos de controle judicial, ainda que muito aquém daquilo que se vivencia hoje, constava expressa vedação ao Poder Judiciário para enfrentar questões eminentemente políticas. Nesse sentido, “não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que ‘é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas’”.²⁷¹

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

²⁷¹ MENDES; BRANCO, 2016, p. 1114.

Disso se pode concluir que o simples fato de o Estado brasileiro constituir-se em uma república democrática não é suficiente para justificar a crescente judicialização dos conflitos. Deve-se levar em conta, para conferir como causa da judicialização a redemocratização do País, que, em se considerando o momento histórico, o Brasil saía de um período autoritário estabelecido durante o regime militar e a sociedade ansiava em restabelecer direitos atrelados aos ideais de liberdade, democracia e justiça social.

Assim, com vistas a satisfazer estes ideais, houve o restabelecimento de direitos e garantias antes limitados ou aniquilados, bem como o considerável aumento do rol de direitos individuais e coletivos até então assegurados constitucionalmente. Neste sentido, a Constituição brasileira vigente é reconhecida por contemplar um dos mais extensos róis de direitos e garantias fundamentais de natureza individual e coletiva dentre os diversos sistemas constitucionais existentes.

Além disso, o constituinte originário optou por estabelecer, no art. 5º, § 2º, uma cláusula de não taxatividade sobre tais direitos, prevendo que outros direitos e garantias não previstos expressamente, mas decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou pelos tratados internacionais firmados pelo Brasil, também são reconhecidos pelo Estado brasileiro. Quanto à opção por um sistema aberto, não taxativo, receptivo a novos direitos compatíveis e afirmadores da ordem constitucional:

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. [...] A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de aproximação entre Direito e Ética.²⁷²

Ademais, o constituinte derivado reformador preza pelo acompanhamento da evolução que a sociedade requer. Com isso, age para que a Constituição se mantenha sempre atual e moderna, editando emendas constitucionais que aumentam a seara de proteção dos direitos. Como exemplos, citam-se os direitos

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 296.

sociais à alimentação e ao transporte, incluídos no rol do art. 6º pela EC nº 64/2010 e pela EC nº 90/2015.

Assim, a redemocratização do Estado brasileiro permitiu o restabelecimento e a ampliação dos direitos constitucionais, bem como o fortalecimento das garantias que os asseguram.

Também como decorrência do ambiente democrático instalado, a cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil, restou amplamente promovida, com o fim de fazer o cidadão ser participante ativo dos direitos, dos deveres, do controle do interesse público, das decisões envolvendo este interesse. Enfim, os indivíduos, como titulares da coisa pública e detentores de direitos e garantias fundamentais, foram alçados a um protagonismo em relação às ações e funções estatais, fazendo parte, efetivamente, da vida estatal.

Diante disso, a sociedade foi adquirindo uma nova consciência de participação e de exigir do Estado a satisfação de seus interesses e a concretização de seus direitos e garantias. “O ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais”.²⁷³ Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário “a função de impedir a violação dos direitos ou resguardar a sua aplicação, dando a máxima eficácia aos direitos fundamentais”.²⁷⁴

Soma-se a isso o fortalecimento do Judiciário enquanto Poder, em contraposição à fragilização das instituições representativas eleitas pelo povo, e a verdadeira independência no exercício de suas atribuições. Nesse sentido, diante da promulgação da Constituição Cidadã de 1988, “com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”.²⁷⁵

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27/12/2016. p. 3.

²⁷⁴ SANTOS, Ramon Rocha; MACEDO, Raynara Souza. **Judicialização da Política, Ativismo Judicial e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais**: uma análise à luz do Novo Código De Processo Civil. Artigo apresentado no XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Belo Horizonte, MG, 2015. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/r9fsqsq9/8770fBbnf2UP3BJX.pdf>. Acesso em 29/12/2016.

²⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

A instituição de um Estado Democrático de Direito, modelo consagrado expressamente no art. 1º da Constituição Federal, traz inerente em seu espírito o fortalecimento dos órgãos garantidores do cumprimento da ordem jurídica, não só em relação à sociedade, mas ao próprio Estado, compelindo inclusive este à obediência das disposições constitucionais e legais vigentes, papel este assumido pelos órgãos do Poder Judiciário.

Juntamente com o crescimento do Judiciário enquanto estrutura e função, outros órgãos e funções essenciais à justiça também ganharam maior espaço e fundamental participação no processo da judicialização. Nesse contexto, “deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil”.²⁷⁶

O fortalecimento institucional do Poder Judiciário e dos demais órgãos e funções essenciais à justiça, aliado ao aumento dos direitos a serem garantidos pelo Estado a todos indistintamente e aos sentimentos de cidadania e participação instalados, criou um cenário propício à busca por justiça através da Justiça.

Por outro lado, há entendimentos na doutrina de que a ascensão jurisdicional seria decorrente, em via inversa, do enfraquecimento da democracia sob o modelo de sistema representativo. De acordo com este pensamento:

Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos.²⁷⁷

Segundo este entendimento, o modelo de democracia representativa adotado pelos sistemas constitucionais contemporâneos, pelo qual o titular do poder, o povo, escolhe, através do voto, seus representantes para ocuparem cargos políticos nos Poderes Executivo e Legislativo, para que estes atuem em defesa dos interesses

Acesso em: 27/12/2016. p. 3.

²⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

Acesso em: 27/12/2016. p. 3.

²⁷⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: *Revista Direito GV*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. v. 4, n. 2, 2008. p. 443.

gerais da sociedade, estaria enfraquecido devido à não satisfação de direitos atinentes à justiça e à igualdade que tal regime, em sua essência, visa satisfazer.

Por esta razão, o Poder Judiciário é chamado pela sociedade a avançar sobre os outros Poderes para suprir a ineficiência ou insuficiência de sua atuação de modo a cumprir as promessas de concessão e efetivação de direitos, especialmente sociais, firmadas nas Constituições democráticas.

Logo, o regime democrático vigente é causa ensejadora da judicialização, seja no sentido positivo, ou seja, a democracia promove a evolução dos direitos, o sentimento de cidadania e participação e o papel mais atuante do Judiciário diante da provocação da sociedade, seja no sentido negativo, isto é, de ineficiência do sistema representativo de Poder, que requer a efetiva interferência judicial para suprir esta falta.

Além da redemocratização, outra grande causa da crescente judicialização é a opção por uma ampla constitucionalização, a qual alargou o campo material das disciplinas da Constituição, com o estabelecimento de uma Carta analítica e a instituição da ideia de uma Constituição dirigente ou compromissária. Essa constitucionalização abrangente “trouxo para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”.²⁷⁸

Neste aspecto, importante referir a diferenciação de terminologias feita por algumas doutrinas entre judicialização e jurisdicização da política.

A judicialização, como visto, é a submissão à análise e decisão do Poder Judiciário de questão de natureza eminentemente não jurídica, ou seja, de outras naturezas que, em princípio, caberiam ao âmbito de atuação dos poderes político-representativos, o que acaba por alargar o exercício da função jurisdicional.

Por sua vez, a jurisdicização é processo anterior, que leva à judicialização. Isto é, a jurisdicização, vista neste sentido, é exatamente a causa ora apresentada da qual decorre a judicialização como consequência. A opção do Poder Constituinte por constitucionalizar matérias, em tese, não jurídicas, como, por exemplo, atinentes à política, acarreta, naturalmente, a sua judicialização.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29/12/2016. p. 3.

Neste momento, remontar-se-á ao século XXVIII, fase inicial do Estado de Direito e da constitucionalização da atividade política, sabendo, pois, que o Estado Constitucional teve como marco inicial a Revolução Americana e a Revolução Francesa, solidificando-se em suas Constituições. Tal período é de extrema relevância [...], eis que aponta o eclodir dos direitos políticos, ou seja, há a experiência de positivação constitucional da vontade política do povo.

Nesse diapasão, esta fase embrionária de concepção/asseveração dos direitos políticos corresponde ao fenômeno da judicialização da política e do poder, o qual indica cristalinamente uma transformação da política em lei, sendo esta visualizada como ato organizado e racional derivado da vontade e da soberania popular e componente de uma instituição representativa do poder político.²⁷⁹

A elaboração de Constituições materialmente amplas foi uma prática adotada mundialmente, e potencializada na feitura da CF/88, que favoreceu esta “transformação da política em lei”. O Poder Constituinte Originário optou por uma Carta que estabelecesse e regulamentasse, na medida do possível, todos os assuntos relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado brasileiro, estabelecendo maior proteção – *status* constitucional – a um extenso rol de disciplinas, e não somente a matérias de natureza eminentemente constitucional.

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.²⁸⁰

Estabelecer previsão constitucional sobre determinado direito ou garantia significa mais do que atribuir aos mesmos a garantia de norma suprema, inviolável e indisponível, representa uma ordem aos Poderes políticos de que os mesmos devem ser satisfeitos, de que as ações estatais devem prever sua concretização, de que as funções típicas dos respectivos Poderes devem convergir para sua realização, sendo que sua não previsão importa em pretensão jurídica imediata que pode ser reclamada em juízo e pelo Judiciário concedida.

Além disso, a previsão constitucional retira a possibilidade de disposição contrária pelo legislador ordinário e dificulta o processo de alteração, quando possível, pelo Poder Constituinte Derivado Reformador.

²⁷⁹ SOUZA, 2010, p. 84.

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29/12/2016. p. 4.

Não bastasse isso, o fato de possuir caráter de norma formalmente constitucional estabelece condição de parâmetro, e não de objeto, para o controle de constitucionalidade, ou seja, outras normas podem vir a ser declaradas inconstitucionais em face daquela, e não o contrário.

Em relação ao referido controle de constitucionalidade, o sistema de controle estabelecido pela CF/88 e, assim, adotado no Brasil, afigura-se como um dos mais abrangentes do mundo²⁸¹, e constitui mais uma causa da evolução da judicialização verificada nas últimas décadas. Para muitos constitucionalistas, o já citado “deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos”.²⁸²

Cabe referir, inicialmente, que a CF/88 “amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis”.²⁸³ Com o aumento da proteção constitucional, aumenta a possibilidade de violação e, conseqüentemente, a judicialização para a reparação da ameaça ou violação à Constituição.

A rigidez constitucional, adotada pelo sistema brasileiro e entendida como o caráter que confere à norma constitucional um processo de alteração, das matérias que admitem reforma, mais dificultoso e solene em relação ao processo legislativo ordinário, justifica a Constituição ser a norma fundamental e suprema vigente no Estado brasileiro. Por isso, a validade das normas infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico pátrio depende da conformação com as normas constitucionais, sendo que, havendo desconformidade, servirão de objeto ao controle de constitucionalidade.²⁸⁴

Neste sentido, segundo Jorge Miranda, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma ou conduta estabelece uma relação, respectivamente, de compatibilidade ou de incompatibilidade frente às normas formalmente constitucionais, ou seja, “a relação que se estabelece entre uma coisa

²⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146.

²⁸² VIEIRA, 2008, p. 443.

²⁸³ MENDES, 2016, p. 1126.

²⁸⁴ BONAVIDES, 2016, p. 303.

– a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”.²⁸⁵

O Ministro do STF, Barroso, em poucas e esclarecedoras palavras, resume as espécies de controle – difuso e concentrado – que abrangem o sistema híbrido ou eclético de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, o qual combina aspectos retirados das influências norte-americana e europeia (austríaca):

Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.²⁸⁶

Todo direito ou garantia não satisfeito ou injustamente resistido pode servir de fundamento a uma pretensão judicial e, assim, ser reclamado em juízo. Uma vez previsto em norma formalmente constitucional, pode servir de parâmetro ao controle de constitucionalidade de quaisquer leis.

O controle pode se dar à luz de um caso concreto entre partes, perante qualquer órgão do Poder Judiciário e ser apreciado definitivamente pelo STF em sede de recurso extraordinário, ou à luz de um caso abstratamente considerado, com o objetivo único de apreciar a constitucionalidade de uma norma frente ao parâmetro, diretamente pelo órgão constitucional. No primeiro caso tem-se o controle difuso, inspirado no modelo norte-americano; no segundo caso tem-se o controle concentrado, inspirado no modelo europeu ou austríaco, idealizado por Hans Kelsen.

Em decorrência da forma difusa de controle, Juarez Freitas afirma que “todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional”²⁸⁷, o que, evidentemente, favorece a judicialização por ser uma via plenamente acessível aos

²⁸⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 273-274.

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29/12/2016. p. 4.

²⁸⁷ FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à constituição**. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000. p. 59.

indivíduos para reclamar toda eventual violação a direito, garantia ou a qualquer disposição constitucional, mediante processo de qualquer natureza:

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes.²⁸⁸

A declaração de inconstitucionalidade de lei em tese diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, em relação ao qual a CF/88 igualmente buscou ampliar as possibilidades de acionar o controle, já que criou a ação declaratória de constitucionalidade, desenvolveu a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e fez ressurgir a representação interventiva.²⁸⁹

Em uma ou em outra espécie, o fato é que o sistema brasileiro de controle, amplamente abrangente, aliado a uma Constituição analítica, acaba por abranger e colocar sob a égide do Tribunal Constitucional, em única ou em última instância, quase que qualquer questão social, política ou moral relevante. Neste sentido, como refere Gilmar Mendes, o fortalecimento do controle de constitucionalidade, inclusive em virtude da ampliação do rol de legitimados para propositura, vem permitindo que “praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.²⁹⁰

Por fim, pode-se, ainda, elencar como causa da judicialização e da consequente atuação ativista do Poder Judiciário o modelo de sistema normativo adotado no Brasil, eminentemente principiológico e constituído de cláusulas gerais abertas e conceitos jurídicos indeterminados, que dão margem à ampla atividade interpretativa dos estudiosos e aplicadores do Direito.

Consoante Alberto Gosson Jorge Junior (2004, p.17), cláusulas gerais são enunciados normativos de conteúdo intencionalmente indeterminado para propiciar

²⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 89.

²⁸⁹ MENDES, 2016, p. 1126-1136.

²⁹⁰ MENDES, 2005, p. 147.

a adaptação entre o sistema jurídico baseado em normas de conteúdo rígido e diferentes situações concretas que requerem respostas mais ágeis e diversas para a solução dos conflitos sociais²⁹¹. As normas gerais buscam a formulação da hipótese legal com o emprego de conceitos que possuem significados propositalmente vagos e abertos, isto é, de conceitos jurídicos indeterminados.

O entendimento acerca dos conceitos jurídicos indeterminados é, via de regra, atrelado pela doutrina, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹² e José Alfredo de Oliveira Baracho²⁹³, à noção de discricionariedade administrativa, que orienta os atos dos administradores públicos aos quais a lei atribui certa margem de liberdade na atuação. Isso porque, como disciplina de direito público, a ação administrativa é sempre prevista em lei, nada poderá ser feito sem previsão legal. Neste sentido, quando a lei possui disposição indeterminada, referida por Celso Antônio Bandeira de Mello como “fluidez das expressões da lei”²⁹⁴, a determinação diante da situação concreta é definida pelo administrador conforme a conveniência e a oportunidade, ou seja, mediante agir discricionário.

Trazendo a noção à seara jurisdicional, de um lado, a indefinição constante da norma leva à controvérsia aplicativa, o que oportuniza, muitas vezes, o conflito, o que gera a judicialização para sanar a indeterminação existente; de outro lado, o juiz, como aplicador da ordem jurídica, igualmente, ao se deparar com disposição legal indeterminada, deve dar a determinação que o caso concreto requer, sempre apoiado em fundamentos jurídicos e com vistas a atender os fins pretendidos pela norma. Assim, impõe-se ao julgador uma atuação mais proativa e interpretativa para retirar a essência normativa inserida na indeterminação. Nessa seara:

[...] as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados e as normas programáticas, mantendo um formalismo jurídico de fachada, possibilitam uma discricionariedade administrativa e uma politização das reivindicações jurídicas que estão a exigir do magistrado uma versatilidade e uma

²⁹¹ JORGE JR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais e o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 17.

²⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48.

²⁹³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados**. In: *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista16/revista16%20JOS%C3%89%20ALFREDO%20DE%20OLIVEIRA%20BARACHO%20%E2%80%93%20Teoria%20geral%20dos%20Conceitos%20legais%20indeterminados.pdf>>. Acesso em: 30/01/2017.

²⁹⁴ MELLO, 2003, p. 48.

formação profissional largamente incompatíveis com o que lhe é ensinado nas Faculdades de Direito.²⁹⁵

O ordenamento jurídico inovado no Brasil a partir de 1988, tendo como base e norma suprema a CF/88, partiu do pressuposto de que é impossível estabelecer previsões legais abstratas suficientes que compreendam e disciplinem todos os conflitos decorrentes da vida política e social. Por isso, buscou estabelecer disciplinas gerais e abertas, passíveis de adequação à evolução da sociedade e das necessidades desta, sem precisar de constante intervenção legislativa. Neste sentido:

A razão de visualizar o novo texto legislativo à luz das cláusulas gerais responde à questão de saber se sistema de direito privado tem aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, de modo a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis. Em outras palavras, é preciso saber se no campo da regulação jurídica privada é necessário, para ocorrer o progresso do Direito, recorrer sempre a punctual intervenção legislativa ou se o próprio sistema legislado poderia, por si, proporcionar os meios de se alcançar à inovação, conferindo aos novos problemas soluções *a priori* assistemáticas, mas promovendo, paulatinamente, a sua sistematização.²⁹⁶

Ao buscar reduzir constantes intervenções legislativas, mas preocupado com a modernização do sistema normativo, e, assim, estabelecendo a previsão de cláusulas gerais, atribuiu-se aos aplicadores da norma jurídica a responsabilidade por fazer incidir a norma hipotética sobre os casos concretos, mas não imotivadamente, pelo contrário, mediante um processo hermenêutico, baseado, sobretudo, em princípios jurídicos.

Assim, as normas gerais são elaboradas propositalmente com vaga moldura, permitindo e, até mesmo, exigindo, pela amplitude semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios informadores da ordem jurídica para adequar a aplicação sobre a situação fática real.

Por isso, a ordem jurídico-constitucional tomou cunho principiológico, pois se constatou nos princípios a capacidade de conferir a complementaridade normativa e

²⁹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil**. In: *Revista USP*. Disponível em: <www.usp.br/revistausp/n21/fcelsotexto.html>. Acesso em: jul 2016.

²⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “Sistema em Construção”**: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. RT, 1998, n. 753. p. 25.

a integridade do sistema, bem como a função de prescrever fins a serem atingidos e de servir de alicerce e fundamento para a aplicação da ordem vigente.

Princípios jurídicos são alicerces do direito, valores com ampla carga de abstração, que norteiam todo o sistema jurídico-normativo e informam toda a aplicação da ordem jurídico-constitucional. Ainda:

[...] os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios.²⁹⁷

Um sistema principiológico alcança, assim, coesão e unidade, pois confere, através dos princípios, o sentido e o alcance que as normas e seus aplicadores devem buscar e alcançar, garantindo a complementaridade e a integridade do sistema jurídico-constitucional. Neste contexto, segundo Humberto Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁹⁸

Assim, os aplicadores do Direito, aqui considerados os membros do Poder Judiciário, utilizando-se da hipótese legal formulada pelo legislador, posta na norma, adéquam-na sobre o caso levado à sua apreciação, fazendo incidir os valores contidos nos princípios com vistas aos fins que estes almejam.

Verifica-se que a composição do ordenamento jurídico por cláusulas gerais com conceitos indeterminados e princípios conforma a atuação do legislador e do julgador, mas permitindo a este um agir amplo, com alto grau interpretativo. Judith Martins-Costa resume e conclui bem esta linha de raciocínio:

²⁹⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

²⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70.

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial na medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controladas apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *staring points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto.²⁹⁹

Diante do exposto, é plenamente possível concluir que a opção por instituir um sistema jurídico-legal composto de normas gerais e abertas e de princípios de conteúdo valorativo amplo configura causa, num primeiro momento, da judicialização e, em consequência, do ativismo judicial.

Em relação à judicialização, cláusulas abertas e princípios favorecem a formulação de variadas teses jurídicas que serão levadas ao crivo jurisdicional. Isso porque a atividade interpretativa, antes de ser uma face da função jurisdicional, é praticada pelos estudiosos do Direito, advogados e jurisconsultos, os quais, conforme o seu entendimento, formulam ideias, teses, pensamentos os mais diversos diante da mesma norma de ampla previsão.

Assim, quanto maior a margem de interpretação que a norma ou o princípio permitem, maior a incidência de ações que são judicializadas e, conseqüentemente, maior o âmbito de atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual a opção por compor o sistema normativo de cláusulas gerais e atribuir ao mesmo cunho eminentemente principiológico pode ser identificada como causa da judicialização.

Certamente, todas as causas elencadas, por mais abrangentes que sejam, não esgotam as razões que levam à, cada vez maior, judicialização dos conflitos. Mas, é possível concluir com veemência que se tratam de causas evidentes, determinantes e mais levantadas pela doutrina, as quais, diretamente, influenciam este fenômeno que leva, como consequência, ao ativismo judicial.

²⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. RT, 1992, n. 680. p. 51.

CAPÍTULO III – O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS DIMENSÕES VERIFICADAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto no capítulo anterior, a judicialização se afigura como a principal causa da ascensão do Poder Judiciário no Brasil nas últimas décadas. O sistema jurídico-constitucional instituído com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que teve como fundamento propulsor a redemocratização do País e como fato essencial a considerável ampliação do controle judicial de constitucionalidade, como concluído, favoreceu a atuação mais ampla e intensa dos órgãos jurisdicionais, inclusive sobre questões eminentemente políticas, tanto que, já há algum tempo, essa atuação é objeto de questionamentos e críticas por parte significativa da doutrina.

Diante deste cenário, como se verá, surgem entendimentos no sentido de enquadrar a atuação jurisdicional no chamado ativismo judicial. Dizer ser o Judiciário ativista é afirmar que o mesmo atua de maneira ampla, ousada e mais abrangente em relação à sua função típica jurisdicional na forma como concebida, alcançando a análise e decisão sobre questões não jurídicas, de modo a atingir diretamente o âmbito de atuação dos demais Poderes.

É exatamente esta problemática que se objetiva apresentar. Após uma análise acerca das noções gerais, conceituação, contextualização e problematização do instituto do ativismo judicial, com base em elementos doutrinários, pretende-se verificar se a atuação do Poder Judiciário no Brasil, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, nas últimas décadas, pode ser enquadrada como ativista, e se, assim sendo, esse ativismo seria exercido em benefício ou em violação ao sistema constitucional vigente, isto é, de acordo ou além dos limites constitucionalmente previstos para sua atuação.

Para tanto, adentrar-se-á na análise das dimensões do ativismo judicial, que têm como principal estudioso e representante na doutrina pátria Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Analisar-se-á, com referência neste autor, as dimensões em que se verifica manifestação de agir jurisdicional ativista, contextualizando com a realidade jurisdicional brasileira, através da verificação exemplificativa de importantes julgados, escolhidos sob os parâmetros de relevância, repercussão social e caráter ativista, proferidos pela Corte Constitucional nas últimas décadas.

Adverte-se que a análise não tem por fim a exaustão do tema e das decisões selecionadas, mas, sim, buscar verificar na prática jurisdicional constitucional brasileira a ocorrência do fenômeno do ativismo, dentro de suas respectivas dimensões.

Dentro destas dimensões, atentar-se-á em especial à manifestação de ativismo judicial frente às políticas públicas e sociais, no que se dará notória atenção ao Estado de Coisas Inconstitucional, fenômeno que começa a ganhar espaço no Direito e na jurisprudência brasileiros.

Diante de todas as controvérsias que pairam sobre o tema do ativismo judicial e sobre as decisões taxadas de ativistas pelos críticos do instituto, pretende-se uma análise desvinculada de qualquer pré-concepção ou juízo de valor. Após, a partir desta verificação e dos elementos colhidos, permitir-se-á tecer qualquer opinião ou conclusão acerca do ativismo.

3.1. O Ativismo Judicial: noções gerais, conceituação, contextualização e problematização

O fato de a busca pelo Judiciário ter aumentado consideravelmente no passar dos anos, em princípio, não acarretaria qualquer discussão ou controvérsia, haja vista que, à medida que a sociedade evolui, as relações se tornam mais complexas e os conflitos tendem a ocorrer com maior frequência. Assim, estaria o órgão jurisdicional, tão somente, exercendo a sua função no estrito âmbito de suas atribuições, no intuito de manter a ordem e a paz social.

Nesse contexto, quando o Poder Judiciário, no desempenho de sua função típica, decide questões envolvendo o interesse privado das partes, como quando condena alguém a pagar indenização a outrem, ou quando decreta o divórcio de um casal ou o despejo de alguém de um imóvel reclamado pelo seu proprietário, essa atuação não costuma suscitar questionamentos em relação à sua amplitude.

Ocorre que, como visto, algumas questões de grande relevância e repercussão social e política têm deixado de tramitar, exclusivamente, em seu campo ordinário, ou seja, no âmbito do Poder Executivo ou do Congresso Nacional, alcançando a seara jurisdicional. Com a judicialização de tais demandas, há a transferência de poder para os órgãos do Poder Judiciário, os quais, em nome do

princípio da inafastabilidade da jurisdição e pela necessidade social que se verifica, enfrentam as questões de forma a evitar lesão ou ameaça a direitos.

Assim, quando o Poder Judiciário, por exemplo, declara uma lei inconstitucional, ou quando suspende a execução de uma obra pública por questões de ilegalidade, ou quando determina que o Poder Público forneça medicamentos ou financie o tratamento de saúde de uma pessoa, diante da incapacidade financeira desta, surgem muitos questionamentos, críticas e indagações, no sentido de estar ou não o Judiciário ampliando o seu âmbito funcional, haja vista a sobreposição do provimento jurisdicional sobre os atos emanados dos demais Poderes, ou seja, a vontade jurisdicional se sobrepõe à vontade política.

É diante de casos como estes exemplificados, com base nos quais se verifica que o Judiciário, mormente o STF, “elevou o padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro”³⁰⁰, que se atribui à atuação jurisdicional o caráter de ativista. Tal agir, “se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos...”.³⁰¹

No contexto apresentado, tomando-se como base o estudo da judicialização promovido no segundo capítulo, percebe-se a íntima relação existente entre os dois institutos. Neste sentido, se a judicialização tem dentre suas principais causas a redemocratização do Estado brasileiro, a ampla constitucionalização que alargou o campo material das disciplinas da Constituição – Constituição analítica –, e o sistema de controle de constitucionalidade adotado, o ativismo judicial é oportunizado, em primeira análise, pela própria judicialização.

Acerca dessa íntima relação, Barroso afirma que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”.³⁰² Isso quer dizer que, embora os dois institutos guardem íntima

³⁰⁰ CAMPOS, 2014, p. 28.

³⁰¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 73.

³⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29/12/2016. p. 6.

aproximação, ambos apresentam algumas diferenças notórias, especialmente em relação ao ponto de referência e às causas das quais decorrem.

A referência primeira da judicialização está na demanda, ou seja, no conflito que é levado à apreciação do Judiciário, pois se não houver provocação jurisdicional não há judicialização, mas apenas um conflito de interesses; já o ativismo possui referência na decisão judicial, isto é, o agir ativista será verificado na própria conduta do órgão julgador na apreciação do conflito que lhe é apresentado, antes disso há apenas judicialização, não se podendo falar em ativismo.

Lenio Streck, no intuito de estabelecer a diferenciação entre os dois fenômenos, assim se pronuncia:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional).³⁰³

As causas da judicialização já foram explicitadas no capítulo II e sobre este instituto já se afirmou que o mesmo não decorre da vontade deliberada do julgador, mas sim do próprio sistema constitucional vigente, afigurando-se como uma circunstância ou consequência natural das opções feitas pelo constituinte. O Judiciário, nesse sentido, acaba por enfrentar questão de natureza política porque era essa a sua obrigação, em nome da inafastabilidade da jurisdição, frente à demanda para a qual foi provocado.

Diferentemente disso, consoante afirmado por Barroso, o ativismo judicial não é um fato ou uma circunstância, mas sim “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.³⁰⁴ De acordo com este entendimento, o ativismo decorreria, pois, de uma atitude, muitas vezes necessária, mas deliberada, voluntária dos magistrados de atribuir, em sua atuação típica, maior alcance. Evidentemente que essa vontade possui ou, pelo menos, deve possuir fundamento jurídico e uma motivação legítima:

³⁰³ STRECK, 2011, p. 589, nota de rodapé 123.

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10/01/2017. p. 6.

a se destacar a realização de direitos e garantias assegurados constitucionalmente, porém não satisfeitos pelo Poder a quem cabia fazê-lo.

Nesse contexto, correlaciona-se a judicialização e, por consequência, o ativismo judicial a uma inatividade dos Poderes Executivo e Legislativo, gerando a necessidade dos cidadãos de buscar seus direitos por meio de um provimento jurisdicional e, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, da obrigação do Poder Judiciário de resolver tais conflitos dizendo o Direito. “Nesta tensão, há, de um lado, uma falta de atividade de um poder e, de outro lado, um Judiciário que almeja ampliar as fronteiras de sua atividade”.³⁰⁵ Dessa situação decorrem as noções de ativismo judicial e de supremacia judicial: aquele, pela atuação jurisdicional além de sua competência para suprir a omissão dos demais poderes; e esta, por constituir esta atuação instância decisória final e de caráter compulsório.

Ainda no intuito de estabelecer a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, na mesma visão que atribui à judicialização o caráter de circunstância necessária em decorrência do modelo vigente, e ao ativismo judicial o caráter de ato de escolha:

[...] a judicialização, diante da baixa constitucionalidade em países periféricos e que ainda não se desincumbiram das promessas do estado social, é contingencial; já o ativismo judicial, mais voltado à vontade no agir do órgão julgador, está ligado a uma visão da decisão judicial como ato de escolha, morais inclusive, o que pode não se coadunar com a jurisdição constitucional.³⁰⁶

De acordo com essa afirmação, a judicialização, além de ser um fato de ocorrência natural, que acarreta no agir necessário do julgador, decorre do estágio de evolução do Estado, o qual, ainda se encontrando num período de realização das promessas não cumpridas da modernidade e dos fins não alcançados no Estado Social³⁰⁷, favorece a efetivação, senão pelo Poder que originariamente detém esta atribuição, ao Poder Judiciário, pelo caráter impositivo e definitivo de seus provimentos. Encontra-se, nesse sentido, na doutrina, a referência de que a

³⁰⁵ FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique. **Perspectiva institucional sobre o Ativismo e a Supremacia Judiciais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>artigos>. Acesso em: 20/11/2015.

³⁰⁶ VALE, Luis Manoel Borges do; SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Sobre Ativismos e Discricionariiedades: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Artigo publicado no XXV Encontro Nacional do Conpedi em Brasília – DF, 2016. p. 390.

³⁰⁷ STRECK, 2014, p. 23-30.

judicialização e o conseqüente ativismo judicial são contingenciais em países de modernidade tardia.³⁰⁸

O ativismo, por outro lado, seguindo este entendimento, não seria um acontecimento natural, mas sim um agir, baseado na vontade, de ampliar o âmbito de atuação para alcançar esfera constitucionalmente alheia, com o legítimo intuito de suprir omissão, de fazer valer a vontade do constituinte, não obedecida pelo Poder competente. Porém, não há que se confundir o agir baseado na vontade com agir conforme a vontade, ou seja, agir conforme a discricionariedade do julgador.

[...] a adoção das teorias materiais-substanciais nem de longe pode caracterizar ativismos judiciais, ao gosto de discricionariedades e decisionismos. Não há o que se confundir, ao menos não em se levando a sério a jurisdição constitucional, a judicialização da política, que é contingencial em países periféricos, diante da necessidade de implementação dos direitos fundamentais-sociais, com o que se denomina de ativismo judicial, proveniente que é da filosofia da consciência, de uma moral individual corretiva do direito.³⁰⁹

O ativismo judicial tem seu berço e origem histórica na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana³¹⁰, num primeiro momento com natureza conservadora e, em seguida, aplicado progressivamente no intuito de efetivar direitos fundamentais.³¹¹ Sua propagação em nível mundial deve-se ao “avanço da justiça constitucional e do papel político de cortes constitucionais [...] deflagrado com as constituições democráticas do Segundo Pós-guerra”.³¹²

No Brasil, a origem do instituto está intimamente atrelada ao modelo constitucional advindo da promulgação da CF/88, e às transformações institucionais, sociais, políticas, culturais e jurídicas decorrentes. Neste sentido, “nos últimos anos do século XX e, com mais destaque, neste século XXI, houve alteração quantitativa e qualitativa do espaço ocupado pelo Supremo no cenário sociopolítico brasileiro”.³¹³

Mas a primeira vez que a expressão foi utilizada foi em um artigo publicado na revista *Fortune* pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., em 1947, para

³⁰⁸ STRECK, 2014, p. 23.

³⁰⁹ VALE, Luis Manoel Borges do; SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Sobre Ativismos e Discricionariedades:** STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado no XXV Encontro Nacional do Conpedi em Brasília – DF, 2016. p. 388.

³¹⁰ CAMPOS, 2014, p. 30.

³¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10/01/2017. p. 7.

³¹² CAMPOS, 2014, p. 31.

³¹³ CAMPOS, 2014, p. 28.

qualificar a atuação da Corte Americana naquele ano como uma atuação na qual “os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos”.³¹⁴

Ao lado das razões já apontadas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta três fatores determinantes para o surgimento do fenômeno, o qual o mesmo denomina atividade expansiva dos magistrados, senão vejamos:

Uma, de ordem técnico-jurídica, é a expansão do controle judicial das políticas e atos administrativos, particularmente por meio da aferição de constitucionalidade.

Outra, de ordem sócio-política, reflete o desprestígio dos “políticos”, em face do prestígio dos magistrados como uma “aristocracia togada”, quer dizer, o contraste entre uma “plebe” despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral.

Uma terceira, também de ordem sociopolítica, intimamente ligada à anterior, é auto-percepção dos magistrados como elite, com responsabilidade de trabalhar para o bem comum.³¹⁵

Na mesma linha, e considerando a realidade brasileira, o autor agrega outros fatores que, igualmente, acarretam o agir ativista:

[...] a elas (às causas) se soma o “estilo” da Constituição de 1988, suas ambigüidades, seus defeitos de redação, a imprecisão de sua linguagem, abundância de princípios cogentes, e, sobretudo, a multiplicação de instrumentos judiciais de atuação ou controle sobre as políticas de governo e sobre o proceder dos demais Poderes.³¹⁶

Diante da correlação entre judicialização e ativismo judicial e das supostas causas do surgimento deste, de maneira singela – apesar de sua complexidade, pode-se definir ativismo judicial como sendo a atuação ampla, intensa e ousada do Poder Judiciário no intuito de efetivar valores constitucionalmente estabelecidos, mas não concretizados pela atuação política – executiva ou legislativa – estatal, alcançando, assim, um espaço de atuação mais abrangente do que originariamente concebido e, inclusive, reservado aos demais Poderes, apresentando-se, até mesmo, muitas vezes, “moralista” frente ao caso concreto e à atuação das demais funções estatais.

³¹⁴ CAMPOS, 2014, p. 44.

³¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do Judiciário e suas implicações.** In: FRANCISCO, José Carlos (Coord. e coautor). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial.* Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 222-223.

³¹⁶ FERREIRA FILHO, 2012, p. 223.

O ativismo é, assim, “uma postura, um ato de escolha, é a deliberada expansão do papel do judiciário, que utilizando a interpretação constitucional, supre lacunas, sana omissões legislativas ou determina políticas públicas ausentes ou ineficientes”.³¹⁷

Nessa mesma linha, Luís Roberto Barroso afirma que “a ideia de ativismo judicial está associada 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”.³¹⁸

Já Carlos Alexandre de Azevedo Campos define o ativismo judicial como:

[...] o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais, estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.³¹⁹

Do conceito ora proposto, bem como dos demais apresentados, pode-se retirar o fim, considerado legítimo, que leva o Poder Judiciário a atuar de maneira mais ampla e, até mesmo, adentrar a esfera de atuação dos outros Poderes. Nesse diapasão, “procura cumprir os mais nobres anseios constitucionais e proteger os valores de relevância social. Posiciona-se pela necessidade de neutralização em face de potencial ação ou omissão danosa do processo político majoritário”.³²⁰

Por outro lado, em se analisando o ativismo judicial pelo caráter “moralista” da atuação jurisdicional em relação aos demais Poderes, referido no conceito supraproposto, a partir da noção atribuída ao fenômeno por Lenio Streck, o Judiciário pratica, ilegitimamente, ativismo ao decidir se utilizando de argumentos de moral, quando o julgador substitui ou sobrepõe em relação ao Direito suas

³¹⁷ VALE, Luis Manoel Borges do; SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Sobre Ativismos e Discricionariedades**: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado no XXV Encontro Nacional do Conpedi em Brasília – DF, 2016. p. 391.

³¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10/01/2017. p. 6.

³¹⁹ CAMPOS, 2014, p. 36-37.

³²⁰ MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 164.

convicções pessoais acerca do que é correto ou incorreto, do que é moral ou imoral.³²¹

Indo um pouco mais além, parcela significativa da doutrina atrela a maior amplitude da atuação jurisdicional ao caráter hermenêutico dessa função, ou seja, o que deve ser ampliada é a interpretação do Direito, sempre com base em normas, valores ou princípios jurídicos, senão vejamos:

O ativismo judicial pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana etc).³²²

É sob esse olhar hermenêutico que se baseia o fundamento do agir entendido como adequado e ideal do Judiciário, concebido para legitimar o agir ativista. Não o ativismo no sentido de atividade interventiva na seara de atuação dos demais Poderes, mas de uma atividade voltada a ampliar a interpretação jurídica, com molde interpretativo-evolutivo, baseada sempre em fundamentos jurídicos, de forma a esgotar a carga valorativa dos institutos e princípios jurídicos, e adequando à realidade e ao contexto que exigem um alargamento da função do Judiciário. Este agir será objeto de estudo mais aprofundado na sequência deste estudo.

Simplesmente afirmar, na tentativa de definição, que o ativismo judicial representa uma atuação mais ampla e abrangente do Judiciário é simplório, vago e insuficiente. Na verdade, não é tão singela a verificação da ocorrência do ativismo em uma decisão judicial, em virtude das dificuldades inerentes ao próprio processo de interpretação constitucional, senão vejamos:

O problema na identificação do ativismo judicial reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do

³²¹ STRECK, 2011, p. 589, nota de rodapé 123.

³²² CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?**. In: *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19047>>. Acesso em: 11/01/2017.

poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.³²³

Pela própria dificuldade, pois, de se verificar, na prática, a ocorrência do ativismo, é que se torna inviável uma conceituação exata e consensual do instituto.

Buscando enfrentar esta dificuldade de verificação da ocorrência do fenômeno, e em consonância com o que sustenta Dworkin³²⁴, Barroso prevê diferentes maneiras ou condutas em que se verifica a atuação jurisdicional ativista:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³²⁵

Através das condutas elencadas, pelas quais se manifesta o agir ativista, verifica-se claramente que a concepção do ativismo judicial é a de uma conduta que ultrapassa a esfera de decisão sobre questão puramente jurídica e adentra na seara de atuação eminentemente política dos outros Poderes. “O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim ‘resolve’ problemas políticos por critérios jurídicos”.³²⁶

De fato, as hipóteses elencadas são as que, de maneira recorrente, geram discussões e controvérsias em relação à abrangência da atuação jurisdicional, como se verá mais adiante, quando da análise de alguns casos de grande repercussão, os quais foram julgados pelo STF e, por consequência, taxados de ativistas.

O que se verifica, sem maiores dificuldades, é que, nesse contexto, há uma evidente interação entre o Direito aplicado e a política, entre a função jurisdicional e

³²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19.

³²⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10/01/2017. p. 6.

³²⁶ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 73.

as funções dos outros Poderes, uma vez que o Judiciário profere decisões que refletem na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Neste sentido:

Atualmente, também o Judiciário analisa se as prestações estatais estão sendo postas de maneira adequada pela administração e pela legislação. Como parâmetro dessa análise, os juízes utilizam as Constituições democráticas atuais que, como a brasileira, possuem um rol substancial de direitos fundamentais sociais. Com todas essas alterações, há mudança no papel social e jurídico do Judiciário [...].³²⁷

A necessidade de mudança no papel funcional do Judiciário, desencadeada, no Brasil, sobretudo, com a promulgação da CF/88, representa uma exigência das necessidades e pressões da sociedade, as quais requerem uma adequação da função jurisdicional de forma a atender a nova realidade ocasionada por transformações políticas, sociais, econômicas, tecnológicas, científicas, dentre outras naturezas. Logo, “as grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988, tiveram, como um dos efeitos mais visíveis, a ascensão institucional do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal”.³²⁸

É essa necessidade de adaptação a um novo cenário e contexto que levou o constituinte a estabelecer o modelo jurídico-constitucional atual e, conseqüentemente, o Judiciário a tomar uma atitude mais abrangente e, até mesmo, por vezes, intervencionista. Nessa linha:

Essas transformações nos distintos setores da realidade [...], repercutiram na Constituição de 1988, que, buscando adaptar o direito e o Estado ao contexto histórico emergente dessas transformações, deu-lhes nova estrutura e função, determinando, implicitamente, a necessidade de um novo posicionamento do Judiciário diante dos demais Poderes, sobretudo em relação ao Legislativo e à lei e, de consequência, nova função na vida jurídica e social do país.³²⁹

Num primeiro momento, com base na concepção da separação das funções estatais e na atividade jurisdicional de não criação do Direito, mas de aplicação da ordem jurídica, é natural que se pense em refutar esta atuação mais ampla do Poder Judiciário. Nesta seara de entendimento, em consonância com o posicionamento

³²⁷ ROBL FILHO, 2013, p. 77.

³²⁸ CAMPOS, 2014, p. 28.

³²⁹ ROCHA, 1995, p. 109-110.

apresentado por Lenio Streck, Elival da Silva Ramos busca definir ativismo judicial, já explicitando seu olhar negativo acerca do instituto:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).³³⁰

Ao lado de Lenio Streck, o jurista citado se apresenta como um dos mais reconhecidos críticos do ativismo judicial no Brasil. Estas críticas, reconhece-se, possuem relevantes fundamentos, os quais devem ser considerados para se chegar à conclusão que o presente estudo almeja.

Dessa forma, de um lado, no mundo contemporâneo, como existem inúmeras situações em relação às quais não existem soluções pré-determinadas no ordenamento jurídico para que o Judiciário simplesmente aplique o Direito posto e resolva o caso concreto, bem como existem muitas situações em que o Poder Público não dá conta de satisfazer todos os direitos e garantias constitucionais, não há como conceber um Judiciário meramente passivo, até pela natureza de sua função, interpretativa e constitutiva.

Pode-se e se deve questionar o agir jurisdicional ativista, mas diante do cenário contemporâneo é impossível afirmar que o Judiciário sempre encontrará solução para todo e qualquer caso posto à sua apreciação se limitando a aplicar uma decisão política previamente tomada por outro Poder. Da mesma forma, não há como impedir a atuação jurisdicional diante de ameaça ou lesão a direitos causada pela omissão de um Poder estatal.

Nesse sentido, são, cada vez mais, frequentes as situações em que o Judiciário precisa tomar decisão sobre questão que não se encontra prevista em nenhuma norma, ou interpretar conceitos abertos e indeterminados postos nas normas pelo legislador e que não possui definição exata, ou, ainda, fazer valer direito assegurado, porém não satisfeito pelo Poder Público, diante da omissão ou insuficiência de atuação deste.

Nestes casos, diante de situações concretas judicializadas, o Poder Judiciário não possui alternativa outra, a não ser atuar político-juridicamente, no sentido de

³³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

proferir decisão e resolver casos que, em princípio, caberia a prévia atuação dos demais Poderes.

Da mesma forma, são crescentes as ações judiciais de controle – difuso e, especialmente, concentrado – de constitucionalidade das leis e atos normativos, que requerem a análise jurisdicional acerca do produto da atividade legislativa.

Ao contrário de algumas afirmações, nestes casos, o Poder Judiciário não está (ou não deveria estar) legislando ou interferindo na discricionariedade administrativa, mas simplesmente dando a solução ao caso concreto sobre o qual não há norma jurídica disciplinadora ou atuação funcional suficiente, e retirando a validade de norma violadora do texto constitucional.

O que não se pode admitir, de um lado, é que o Judiciário, provocado, não dê o provimento jurisdicional sob a alegação de que não possui elementos jurídicos necessários à resolução do conflito ou por ter de adentrar na esfera política de atuação; ou que, por outro lado, neste intuito, avance a outros sistemas sobre os quais o Judiciário não poderia praticar ingerência, como praticar interpretação moralista ou economicista do Direito.

Logo, esta pretensão de autonomia jurisdicional deve existir, até porque o próprio sistema lhe garante legitimidade nesta atuação, ao tornar jurídicas matérias políticas e de outras searas, ao lhe conferir a atribuição de guarda da Constituição e ao lhe dar a competência para praticar controle sobre atos dos demais Poderes, contudo, evidentemente, dentro de certos limites, pois não se pode admitir que os membros do Poder Judiciário exerçam vontades próprias ou discricionárias diante do exercício de sua função típica frente às funções típicas dos demais Poderes.

São esses limites que, por outro lado, devem ser verificados pelo Judiciário, sob pena de incidir em um agir ativista, no sentido negativamente considerado, ou seja, na atitude deliberada de fazer valer a sua vontade sobre o âmbito funcional de outro Poder ou de impor a sua concepção moral sobre aquilo que os demais entendem o que é ou não moral.

Entretanto, “o grande questionamento é saber até que ponto esta postura ativa do Judiciário pode ser considerada legítima, ou seja, qual o limite para a adoção de posturas criativas pelo Judiciário em um Estado dito ‘Estado de Direito’”.³³¹

³³¹ COSTA, Andréa Elias da. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi
120

Não é singela a tarefa de estabelecer parâmetros ou limites a esta necessária atuação política do Poder Judiciário. Parte-se, contudo, afirmando veementemente que o Judiciário deve ser sempre um intérprete do contexto histórico, do sentimento e das necessidades sociais, do Direito como um todo, devendo, assim, sempre reconduzir sua decisão a uma norma ou a um princípio jurídico ou a qualquer valor que poderá fornecer substratos para legitimação de sua decisão. O julgador jamais poderá proferir decisão sem qualquer remissão ou motivação jurídica.

No contexto brasileiro, “o ponto de partida é o texto da própria Constituição que deve servir de parâmetro para a atividade hermenêutica, na qual o aplicador do direito não pode atribuir um significado contrário aos enunciados da própria Constituição”.³³²

Este pensamento se coaduna com o entendimento proferido por Canotilho, para o qual “os aplicadores da constituição não podem atribuir um significado (= sentido, conteúdo) arbitrário aos enunciados linguísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o dito pelo legislador constitucional”.³³³

Tomando como base primária a norma suprema, além disso, deve-se considerar que o Direito brasileiro é constituído, além de um sem número de normas jurídicas, de princípios jurídicos gerais e específicos que, por si só, trazem uma carga material e uma amplitude que abarcam quase que todas as possíveis situações fático-jurídicas. Assim, não há como existir ou ocorrer situação no mundo jurídico que não seja, mesmo que mediatamente, solucionável por algum elemento jurídico existente.

Portanto, imperioso afirmar que a atuação jurisdicional contemporânea não pode mais ser passivista, estritamente positivista, de mero aplicador da lei, isto é, não se pode conceber um Judiciário meramente “boca da lei”. Para realizar os fins constitucionais e fazer valer as escolhas do constituinte diante do modelo jurídico-constitucional adotado, o Judiciário pode e deve ampliar seu âmbito de atuação. Todavia, estabelecer um limite a esta amplitude também se faz necessário, apesar da dificuldade em fixar o adequado limite desta atuação.

Mello do (Coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 48.

³³² COSTA, Andréa Elias da. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 54.

³³³ CANOTILHO, 2003, p. 1208-1209.

De qualquer forma, a atuação ativa que hoje se verifica tem travado debates que parecem não ter solução, haja vista os contundentes fundamentos verificados de parte a parte, dialética que será melhor verificada no capítulo seguinte, quando se apresentarão posições favoráveis e contrárias ao ativismo, no sentido de este promover ou violar a democracia e a separação dos Poderes.

Todavia, para se buscar apreciar o debate e intentar tomar parte em um dos lados, faz-se necessário verificar a ocorrência do ativismo na prática jurisdicional brasileira, sobretudo do órgão constitucional pátrio, em todas as suas possíveis dimensões, para, somente após, obter um posicionamento acerca do fenômeno.

3.2. As dimensões do Ativismo Judicial segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Com base nas experiências das cortes constitucionais, em especial do Supremo Tribunal Federal, Carlos Alexandre de Azevedo Campos³³⁴ revela as diferentes dimensões das decisões consideradas ativistas, ou seja, diante de que situações e formas de agir jurisdicional são verificadas atitudes enquadradas no ativismo judicial.

Neste sentido, no intuito de averiguar o agir jurisdicional hodierno, buscar-se-á apontar, com fulcro no autor supracitado, estas diversas dimensões, estabelecendo seu entendimento e, quanto possível, contextualizando-as sob a análise de casos práticos julgados pelo STF.

A análise proposta permitirá verificar o “caráter multidimensional do ativismo judicial”³³⁵, e possibilitará a averiguação e o debate posterior acerca da legitimidade da atuação do Poder Judiciário nos moldes ativistas.

3.2.1. Ativismo Judicial e interpretação da Constituição

A atividade típica de julgar deve sempre refletir a vontade da ordem jurídico-constitucional vigente. Nenhuma decisão pode ser dada sem embasamento ou suporte jurídico, nem decorrer da vontade subjetiva daquele que a emana. O

³³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³³⁵ CAMPOS, 2014, p. 164.

limitador objetivo do ato de julgar é o próprio Direito, estando o Judiciário adstrito aos seus limites.

Todavia, ultrapassando a concepção kelseniana de pureza do Direito³³⁶, este não pode ser visto estritamente como lei, mas como um conjunto de normas, princípios, valores e fins; nem pode ser apartado de outros elementos, como históricos, sociais, políticos, econômicos e culturais, que são e devem ser levados em conta quando da feitura e da aplicação da norma.

Apesar desta dissociação do pensamento kelseniano, retira-se deste o fundamento de validade de todo o sistema jurídico vigente em um Estado Democrático de Direito, qual seja, a existência de uma norma suprema, soberana, acima da qual não há qualquer outro mandamento. A norma constitucional serve de parâmetro à aplicação de todas as demais normas e ao agir de todas as funções estatais. Neste sentido, parte-se do escalonamento hierárquico existente entre as normas que compõem o sistema jurídico de uma ordem:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. [...] a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.³³⁷

A atividade jurisdicional, sob esta perspectiva, deve ser realizada com vistas a abarcar todos os elementos que influenciam a aplicação jurídica, isto é, o Direito como um todo, englobando todos os seus valores, princípios, conteúdos e fins, sempre com fundamento maior a Constituição vigente. Dessa forma, a atuação do Judiciário se mostra eminentemente interpretativa, num sentido ampliativo de concretização dos objetivos descritos no texto constitucional. Assim:

A interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições, assim como a aplicação direta de princípios constitucionais,

³³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (Trad.). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³³⁷ KELSEN, 1998, p. 155.

muito vagos e imprecisos, para regular condutas concretas sem qualquer intermediação do legislador ordinário, constituem hoje a dimensão mais importante de ativismo judicial.³³⁸

Como estudado no capítulo anterior, uma das causas elencadas da judicialização e, como consequência, do ativismo judicial, é o sistema jurídico-constitucional brasileiro, eminentemente principiológico e constituído de cláusulas gerais e abertas e conceitos jurídicos indeterminados. Este modelo favorece e demanda o agir interpretativo jurisdicional, no intuito de dar aos princípios o alcance de seu conteúdo e a realização de seus fins, e para dar determinação à vagueza, abertura e generalidade de determinadas disposições.

Consoante Luís Roberto Barroso, diante do avanço do Estado Constitucional, a moderna função jurisdicional requer não apenas “conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo”, mas, acima disso, impõe a função de “coparticipante do processo de criação do Direito”, vez que o intérprete judicial completa o “trabalho do legislador” ao realizar as “valorações de sentido” e as “escolhas entre soluções possíveis”.³³⁹ Nesse intuito, o julgador, intérprete da ordem jurídica, analisa e pondera normas, princípios, valores e contextos, isto é, o Direito como um todo, para formar o entendimento a solucionar o caso concreto que melhor traduza a vontade constitucional.

Esta concepção de um órgão julgador com postura hermenêutica positiva, ampla e criadora supera o entendimento kelseniano de um juiz com papel eminente de legislador negativo, ou seja, com poderes normativos limitados à tarefa destruidora da legislação, sem possibilidades criativas, as quais caberiam tão somente ao legislador.³⁴⁰

Dessa forma, a análise do ativismo judicial sob a dimensão da interpretação da Constituição evidencia um órgão constitucional que não se limita à literalidade estrita do texto constitucional, mas que considera toda a carga valorativa que de seus princípios e normas pode decorrer. Neste sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos explica com solar clareza a face desta dimensão:

³³⁸ CAMPOS, 2014, p. 165.

³³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 72.

³⁴⁰ KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)**. In: *Biblioteca Jurídica*. Rolando Tamayo Y Salmorán (Trad.). 1974. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>>. p. 492. Acesso em: 01/02/2017.

Os juízes ativistas não se sentem restringidos nem mesmo presos ao sentido literal das constituições. Ao contrário, eles se sentem muito à vontade com a plasticidade das normas constitucionais e as possibilidades de juízos políticos e morais que esta característica normativa cria. Esses juízes assumem que seu papel é o de manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação e defendem que a interpretação criativa de normas constitucionais indeterminadas se mostra como o mais importante meio de cumprir esse papel. Os Juízes ativistas enxergam a constituição como uma força dinâmica e, por isso, sentem a necessidade de se afastar, caso necessário, do sentido literal do texto, de sua estrutura ou de seu entendimento histórico para poder aproximá-la da realidade social subjacente. Transformações sociais pedem mudanças constitucionais e os juízes ativistas assumem a condição de arquitetos sociais, sendo a interpretação criativa das constituições o instrumento legítimo desta atuação.³⁴¹

Como se denota, a atividade interpretativa jurisdicional é fundamental para que a norma constitucional se mantenha plena frente às mudanças e necessidades sociais, cumpra seu papel e atinja os fins que o Estado Constitucional almeja. Por isso, o Judiciário deve conduzir-se hermeneuticamente, respeitando a essência constitucional e desta jamais se afastando, mas ampliando sua visão frente à literalidade do texto.

Por outro lado, Ingo Sarlet faz importante ressalva ao tratar sobre a necessidade de se impor limites à ampliação da atuação jurisdicional na supressão de lacunas jurídicas para efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de caráter social:

Que o Judiciário possa (e deva) viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes pode ser aceito em diversas hipóteses e até mesmo como regra geral, o que não significa a inexistência de limites a esta atividade, que não podem ser desconsiderados. Ainda que se pudesse argumentar que a remoção de lacunas pelos órgãos judiciários em todos os casos concretos é, ao menos em tese, sempre possível, inexistindo qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, há certas barreiras que impedem se possa acolher de forma absoluta a solução proposta. Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva.³⁴²

Como se vê, é legítima e necessária a atuação jurisdicional no intuito de suprir lacunas de forma a tornar viável o exercício de direitos fundamentais, contudo

³⁴¹ CAMPOS, 2014, p. 166.

³⁴² SARLET, 2015, p. 277-278.

esta atuação não pode ser ilimitada e exercida, em nome “do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes”³⁴³, sem observância de aspectos que devem ser considerados pelo Poder Público diante da implementação de tais direitos, a exemplo dos limites da reserva do possível, atrelada pelo autor à ideia de “custo dos direitos”.³⁴⁴ Neste aspecto:

[...] assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes.³⁴⁵

Apesar da preocupação do autor na limitação do agir jurisdicional frente à implementação de direitos fundamentais, o próprio Ingo Sarlet admite que esta restrição deve ser equilibrada, dada a necessidade da ampliação da atuação do Judiciário sobre o controle dos atos do Poder Público, com o fim de fazer observar os direitos fundamentais. Dessa forma:

[...] não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação, evidentemente em sintonia com a sua já afirmada e pressuposta legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais.³⁴⁶

Analisando a atuação jurisdicional brasileira em relação a esta dimensão, a qual Carlos Alexandre de Azevedo Campos inclui no gênero “dimensão metodológica do ativismo judicial”³⁴⁷, percebe-se que o STF tem aplicado princípios constitucionais diretamente sobre casos concretos, sem intermediação do legislador. Quanto a isso, toma-se como primeiro e paradigmático exemplo o caso do “nepotismo”, isto é, contratação de pessoas em órgãos públicos com favorecimento devido a parentesco, o qual restou apreciado e definido pela corte em três atos:

³⁴³ SARLET, 2015, p. 371.

³⁴⁴ SARLET, 2015, p. 370.

³⁴⁵ SARLET, 2015, p. 371.

³⁴⁶ SARLET, 2015, p. 379.

³⁴⁷ CAMPOS, 2014, p. 276.

[...] primeiro, em sede de ADC, a Corte validou a proibição do nepotismo quanto ao Judiciário; depois, em sede de recurso extraordinário, definiu poder a proibição abranger todos os poderes de governo e nos três níveis federativos; por último, o Supremo editou súmula vinculante detalhando os contornos e o alcance da regra da vedação de nepotismo e vinculando efetivamente o comportamento de todos os poderes da República.³⁴⁸

A referida ADC, de nº 12/DF³⁴⁹, promovida pela Associação dos Magistrados do Brasil, em controle concentrado abstrato, restou julgada de forma a determinar a vedação de nepotismo sob incidência imediata dos princípios previstos no *caput* do art. 37 da CF/88, especialmente da moralidade e da impessoalidade.

A tese foi confirmada quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951/RN³⁵⁰, em controle difuso, com repercussão geral, sobre o caso concreto da contratação dos irmãos de um vereador e do vice-prefeito para os cargos em comissão respectivos de secretário municipal de saúde e de motorista do Município de Água Nova, pertencente ao Estado do Rio Grande do Norte. No caso prático, o STF modificou a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, que havia declarado legítimas as contratações, sob o fundamento de que não havia lei formal municipal proibindo tal prática e não poderia haver a incidência direta dos princípios constitucionais sem intermediação legislativa para proibir tal prática.

Em assim agindo, o STF entendeu por estender a aplicação de princípios constitucionais diretamente sobre as relações sem necessidade de norma interposta disciplinando a matéria, pois, consoante do Relator, Min. Ricardo Lewandowski, “a vedação do nepotismo decorre exatamente da conjugação desses princípios da Constituição, com o *etos* prevalente na sociedade brasileira”.³⁵¹

Ato contínuo, o STF editou a súmula vinculante nº 13, normatizando a vedação de nomeação para de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda,

³⁴⁸ CAMPOS, 2014, p. 279.

³⁴⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 16/02/2006, DJ de 01/09/2006.

³⁵⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/08/2008, DJ de 24/10/2008.

³⁵¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/08/2008, DJ de 24/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28NEPOTISMO+RECURSO+EXTRAORDIN%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gtfn7z>>. Acesso em: 02/02/2017.

de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes de todos os entes federativos, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas (nepotismo cruzado).³⁵²

Assim, o ativismo judicial metodológico, decorrente da interpretação extensiva da Constituição, restou configurado na incidência direta de princípios constitucionais, de conteúdos amplos, vagos e imprecisos, sem necessidade de intermediação legislativa formal.

Outro caso de grande repercussão julgado pelo STF em que se verifica a dimensão metodológica do ativismo judicial diz respeito ao “caso da união homoafetiva”, o qual revela uma nova face do fenômeno no âmbito constitucional brasileiro em defesa de direitos de igualdade e de liberdade. No caso, a corte ampliou os sentidos das normas constitucionais de forma a confortar as grandes transformações sociais da contemporaneidade.

O caso foi apreciado em sede de ADI, nº 4.277/DF³⁵³, sendo o pedido promovido com o fundamento de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, de forma a assegurar a supremacia da norma constitucional, para fins de reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo e o caráter de entidade familiar decorrente desta união. Assim, a ação visou a equiparação de direitos entre uniões estáveis heterossexuais e homossexuais.

A matéria, que gerou grande debate e controvérsia, haja vista sua complexidade social e moral, sobretudo em relação às entidades religiosas, foi tratada como necessária à “progressiva abertura da sociedade” e à evolução dos direitos em favor dos casais homoafetivos, de forma a homenagear o “pluralismo como valor sócio-político-cultural”, a “liberdade para dispor da própria sexualidade”, os “direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade” e o “direito à intimidade e à vida privada”.³⁵⁴

No julgamento, foi analisado o tratamento constitucional acerca da noção de “família”, prevista no art. 226 da CF/88 como base da sociedade e especialmente protegida pelo Estado. Entendeu-se que a Constituição não confere ao termo

³⁵² Súmula Vinculante nº 13.

³⁵³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011.

³⁵⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 02/02/2017.

“família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica, merecendo, assim, não interpretação reducionista, mas ampliativa, como “núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos”.³⁵⁵

Neste sentido, o órgão entendeu que a disposição do § 3º do mesmo dispositivo constitucional – “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” – não possui o condão de obstar a equiparação em relação às uniões homoafetivas, diante do “todo axiológico representado pela Constituição”³⁵⁶, ou seja, diante da essência constitucional e de todos os valores pela Carta consagrados.

O STF reconheceu a necessidade de se avançar nos planos social e institucional, não se podendo esperar o plano político-parlamentar para garantir esta evolução, uma vez que:

No caso da união homoafetiva, seja pela impossibilidade real de consenso legislativo, seja pelo receio dos parlamentares face aos custos políticos que estariam presentes qual fosse a decisão, ou mesmo em função da sub-representação política dos homossexuais, a verdade é que a questão não encontraria outra definição se não fosse pelas mãos do Supremo. Apenas a Corte reunia autoridade, disposição e independência política para conferir *status* de valor constitucional a esse particular avanço no “plano dos costumes”.³⁵⁷

Através destes paradigmáticos exemplos, percebe-se a clara dimensão hermenêutica do ativismo praticado pelo STF, em sentido ampliativo do alcance constitucional, com vistas a concretizar os princípios e valores a ela imanentes e promover a evolução do sistema de forma a confortar os anseios e necessidades sociais, políticas, econômicas, históricas e culturais.

3.2.2. Ativismo Judicial e criação legislativa

A dimensão de criação legislativa é outra face do ativismo judicial. Diz respeito às situações em que os órgãos jurisdicionais, mormente as cortes constitucionais, no exercício de sua função típica, exercem atividade eminente de criação do Direito, assumindo competência que, em princípio, caberia aos demais

³⁵⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 02/02/2017.

³⁵⁶ CAMPOS, 2014, p. 286.

³⁵⁷ CAMPOS, 2014, p. 286.

Poderes, sobretudo ao Legislativo. Sob esta perspectiva, o julgador ativista, consoante Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

[...] preencheria lacunas, omissões legislativas, corregeria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa.³⁵⁸

Esta dimensão tem por consequência primeira a discussão acerca da legitimidade do agir jurisdicional frente ao princípio da separação dos Poderes, pois, adentrando a função de criação legislativa do Direito, estaria o Judiciário violando a separação das funções estatais, ao atuar como um autêntico legislador positivo.

Isto remete à teoria kelseniana de que o juiz constitucional somente poderia atuar como um legislador negativo³⁵⁹, no exercício do controle de constitucionalidade, no sentido de deixar de aplicar norma vigente que verificar incompatível com a norma constitucional e, conseqüentemente, declará-la inconstitucional. Porém, em sentido contrário, como legislador positivo, de criador do Direito, não poderia o juiz atuar.

O controle de constitucionalidade exercido pelo STF, sobretudo na modalidade concentrada, é o que melhor evidencia a dimensão ativista de criação legislativa. Em regra, as ações de controle abstrato visam a atuação jurisdicional como legislador negativo, vez que se destinam a apreciar a compatibilidade ou a incompatibilidade de lei ou ato normativo frente ao parâmetro constitucional, a citar a ADI, a ADC e a ADPF. Uma vez verificada a inadequação do objeto a qualquer valor, princípio ou fim constitucional, o Judiciário declarará a inconstitucionalidade do produto legislativo e deixará de aplicá-lo, como forma de garantir rigidez e supremacia constitucional. Neste caso, não há criação do Direito, mas apenas a inaplicabilidade – por isso legislador negativo – de norma aparentemente vigente devido à inconstitucionalidade.

Todavia, o que se verifica é que, de encontro ao pensamento de Kelsen, o STF tem avançado no papel de legislador positivo, ou seja, de criação do Direito. Neste contexto, a título exemplificativo, apresenta-se o marcante julgado proferido

³⁵⁸ CAMPOS, 2014, p. 166.

³⁵⁹ KELSEN, 1974, p. 492.

pela 1ª Turma do STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306³⁶⁰, quando da apreciação do pedido de descriminalização do aborto realizado por gestantes até o terceiro mês de gestação.

Do julgamento, destaca-se o voto vencedor proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso no sentido de que a criminalização do aborto até o referido estágio gravídico é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade. Com base nestes direitos, a 1ª Turma atribuiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre gestacional.³⁶¹

Consoante o Min. Barroso, “a vida potencial do feto – é evidentemente relevante”.³⁶² Contudo, para o mesmo, apesar disso, criminalizar o aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação, além de violar diversos direitos fundamentais da mulher, vai de encontro ao princípio da proporcionalidade. Dentre os bens jurídicos supra-apontados que seriam violados pelo reconhecimento de criminalização, destaca-se no voto a importância dada ao princípio da igualdade, especialmente em relação à discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres.³⁶³

Neste contexto, sobre este referido impacto, a decisão leva em conta o serviço público de saúde. Isso porque as mulheres pobres, diante da realização de um aborto criminoso, precisam recorrer a clínicas clandestinas, sem qualquer infraestrutura médica, para serem submetidas a procedimentos precários, e restando, assim, muitas delas, mortas. Assim, para o Ministro, ao criminalizar o aborto nestes casos, o Estado está por retirar da mulher pobre a possibilidade de

³⁶⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, HC 124.306 MC-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27/06/2015, DJ de 03/08/2015.

³⁶¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, HC 124.306 MC-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27/06/2015, DJ de 03/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28124306%2E%2E+OU+124306%2EDMS%2E%29%29+N AO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zkfj8xn>>. Acesso em: 11/02/2017.

³⁶² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, HC 124.306 MC-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27/06/2015, DJ de 03/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 11/02/2017.

³⁶³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, HC 124.306 MC-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27/06/2015, DJ de 03/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 11/02/2017.

procurar um procedimento seguro e adequado, o que viola, além da dignidade, da vida, da integridade, a igualdade entre as mulheres.³⁶⁴

Decidindo pela descriminalização do aborto realizado até o terceiro mês de gestação, está o STF claramente criando hipótese legislativa de excludente de ilicitude, atuando como eminente legislador positivo, para fazer preponderar princípios constitucionais e direitos fundamentais da gestante em relação à “vida potencial do feto”.

O papel jurisdicional de legislador positivo, todavia, dá-se, sobretudo, em sede de controle de constitucionalidade da “omissão legislativa inconstitucional, ou seja, o da lacuna legislativa que decorre da inércia do legislador em fazer o que determina a constituição, de fazer as leis que a constituição determina que sejam feitas”.³⁶⁵

Consoante Canotilho, o “significado jurídico da omissão do legislador tem como pressuposto fundamental a prevalência material e formal da Constituição relativamente à lei ordinária”³⁶⁶, de modo que se o legislador vier a se omitir de sua função típica, deixando de regulamentar matéria que lhe foi constitucionalmente imposta, sua inação configurará inconstitucionalidade.

Destaca-se que esta omissão pode ser total ou parcial (relativa).³⁶⁷ Aquela se configura pela total omissão do legislador diante da obrigação constitucional, ou seja, pela absoluta desconsideração do mandamento constitucional; esta se verifica quando o legislador atua insuficientemente, isto é, realiza sua obrigação constitucional, mas não de maneira suficiente a alcançar a concretização dos fins almejados pela Constituição. De uma forma ou outra, ocorre inconstitucionalidade por omissão, ensejando uma postura ativa do julgador constitucional frente a ela.

Neste sentido, a problemática da omissão legislativa “envolve não só a questão concernente à concretização da Constituição pelo legislador e à eficácia das normas constitucionais. A ADO desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional”.³⁶⁸

³⁶⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, HC 124.306 MC-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27/06/2015, DJ de 03/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 11/02/2017.

³⁶⁵ CAMPOS, 2014, p. 295.

³⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 329.

³⁶⁷ CAMPOS, 2014, p. 297-303.

³⁶⁸ MENDES, 2016, p. 1230.

Diante de uma inconstitucionalidade omissiva total, tanto em sede de ADO quanto de Mandado de Injunção, o STF, inicialmente, firmou entendimento no sentido de não poder elaborar, ele próprio, a norma omitida no intuito de preencher tal lacuna. Verificando a inconstitucionalidade por omissão, o julgador constitucional limitava-se a declarar a omissão e a mora legislativa e a dar ciência ao órgão inerte, para que este suprisse a lacuna deixada, a exemplo do julgamento da Questão de Ordem em Mandado de Injunção nº 107, julgada em 1989.³⁶⁹

Entretanto, o entendimento do órgão constitucional restou transformado diante do julgamento do caso da “greve dos servidores públicos”, ocorrido conjuntamente nos Mandados de Injunção nº 670, nº 708 e nº 712, em 25 de outubro de 2007.³⁷⁰ O caso discutia a falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, em omissão violadora ao art. 37, inc. VII, da CF/88, o qual prevê que o referido direito dar-se-ia “nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Cabe ressaltar que esta disposição é originária da Constituição vigente, e, conforme se verifica, passados quase 20 anos de sua promulgação, a norma regulamentadora não havia sido elaborada, tornando inviável o exercício do direito.

Depois de, em muitos outros casos de omissão, o STF ter se recusado a suprir a lacuna legislativa, neste, até mesmo em virtude da excessiva demora, o mesmo assumiu postura ativista, de legislador positivo, e “formulou diretamente a norma faltante, mandando aplicar, por analogia, em favor dos servidores públicos civis, a legislação referente ao direito de greve do setor privado, a Lei 7.783/89, observadas as particularidades dos serviços públicos essenciais”.³⁷¹ Dessa maneira, o STF acabou por “criar” a norma faltante a incidir até a superveniência da regulamentação legislativa, e estabeleceu a produção de efeitos não somente às partes postulantes, mas sim com eficácia *erga omnes*, de modo a atingir a todos os interessados. Nesse sentido:

[...] a nossa mais alta Corte está tendendo a valorizar cada vez mais a tese da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais e a ideia de que direitos fundamentais implicam sempre direitos subjetivos, de

³⁶⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, MI-QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, DJU de 02/08/1991.

³⁷⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, MI 670-9/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ acórdão. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007, DJ de 30/10/2008; MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007, DJ de 30/10/2008; MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 25/10/2007, DJ de 30/10/2008.

³⁷¹ CAMPOS, 2014, p. 299.

tal sorte que – como no caso do direito de greve do servidor público – a fruição do direito não pode restar condicionada a que o legislador se disponha a suprir a sua omissão. Em outras palavras, a violação da Constituição por parte do legislador não pode resultar em suspensão (ainda mais por prazo indeterminado) do exercício de direito fundamental pelo seu titular.³⁷²

Em relação ao controle da omissão legislativa total, portanto, o STF superou a teoria kelseniana do legislador negativo, conferindo ao ativismo judicial a dimensão de criação legislativa, com fundamento de legitimidade na inércia do legislador e no dever estatal de editar as normas que assegurem o exercício de direitos pelos indivíduos.

Contudo, a atuação do STF em relação à omissão legislativa relativa ainda é matéria em aberto e pendente de entendimento consensual. Isso porque, de qualquer forma, não há propriamente omissão do legislador, mas sim uma insuficiência ou defeito em sua atuação. Neste sentido, os casos paradigmáticos versam sobre:

[...] concessão legal de benefícios transgressora do princípio da isonomia [...]: o ponto é o de resolver se, diante de discriminação deste tipo, o Supremo pode corrigir a lei por meio de sentenças aditivas [...], adicionando significados à lei para estender o benefício ao grupo desprestigiado, ou se deve se limitar a reconhecer a inconstitucionalidade da norma, apenas declarando nula a concessão do benefício por quebra de isonomia, diante da impossibilidade de atuar como legislador positivo.³⁷³

O caso emblemático que exemplifica certeira o ativismo judicial sob a dimensão de criação legislativa em caso de controle judicial de omissão legislativa relativa é a decisão tomada pelo STF no RE nº 405.579/PR.³⁷⁴ Antes deste julgado, o STF era uníssono em sequer cogitar de promover a integração normativa diante de omissão parcial, bastando-se a declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma objeto do controle.

O processo citado, contudo, promoveu forte debate acerca dessa atuação do órgão constitucional. Dizia respeito ao alcance do benefício fiscal – redução de imposto – concedido pelo legislador na lei nº 10.182/2001, art. 5º, § 1º, inc. X, a empresas montadoras e fabricantes de veículos na importação, dentre outras

³⁷² SARLET, 2015, p. 287.

³⁷³ CAMPOS, 2014, p. 300.

³⁷⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, RE 405.579/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 01/12/2010, DJ de 04/08/2011.

mercadorias, de pneus para empregar no processo de fabricação. Todavia, a mesma norma estendeu o benefício em relação aos pneus destinados ao “mercado de reposição”, o qual não é atividade exclusiva de montadoras e fabricantes, mas também de distribuidoras e varejistas do produto, aos quais o benefício não era aplicado pela União.³⁷⁵

O caso chegou ao STF em grau de recurso extraordinário promovido em face do acórdão emanado da 1ª Turma do TRF da 4ª região³⁷⁶, o qual entendeu pela ocorrência de violação ao princípio da isonomia e, pois, estendeu o benefício à empresa requerente. O STF, por sua vez, deu provimento ao RE, de forma a não estender o benefício fiscal por entender que tal atitude extrapolaria a competência de legislador negativo do órgão e, nesse contexto, violaria o princípio da separação dos Poderes. Entendeu, com isso, não haver violação ao princípio da isonomia.³⁷⁷

Ocorre que, mais importante que a decisão final, foi o debate travado entre os Ministros e a decisão dividida da corte. Neste contexto, o entendimento do Relator restou vencedor. Todavia, quatro votos restaram contrários, dos Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, no sentido de ter sim havido afronta à isonomia, o que, como forma de assegurar a supremacia da Constituição, configurava causa suficiente para a atuação corretiva do órgão.

Carlos Ayres Britto destacou a possibilidade de modulação material do texto normativo; Marco Aurélio sustentou a quebra de isonomia e a necessidade de correção jurisdicional; Ricardo Lewandowski observou a afronta à igualdade pela desigualdade de concorrência³⁷⁸; e Gilmar Mendes apresentou parecer contrário à tese do legislador negativo, aduzindo que “em um juízo de ponderação interna, a solução de estender o referido benefício tributário satisfaz com maior intensidade os mandamentos constitucionais que a extinção total do benefício”.³⁷⁹

Assim, embora tenha o julgamento sido no sentido de o STF não atuar como legislador positivo diante da omissão legislativa relativa, o intenso e controverso

³⁷⁵ CAMPOS, 2014, p. 301.

³⁷⁶ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. 1ª Turma, MAS 2002.70.08.000943-7, Rel. Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, DJ de 28/05/2003.

³⁷⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, RE 405.579/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 01/12/2010, DJ de 04/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625236>>. Acesso em: 02/02/2017.

³⁷⁸ CAMPOS, 2014, p. 302.

³⁷⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, RE 405.579/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 01/12/2010, DJ de 04/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625236>>. Acesso em: 02/02/2017.

debate demonstra que não é questão resolvida e que, diante do sempre evolutivo processo de ascensão jurisdicional, os próximos julgamentos poderão apresentar resolução contrária.

Portanto, resta claro que mais esta dimensão do ativismo judicial – de criação legislativa – é verificada na atuação do STF, a qual, em sua feição interpretativa, no intuito de realizar os valores constitucionais, acaba por efetivamente criar o Direito como um legítimo legislador positivo.

3.2.3. Ativismo Judicial e deferência aos demais Poderes

Esta dimensão do ativismo judicial evidencia a relação direta entre os Poderes e suas funções, estando umbilicalmente ligada à concepção da tripartição, e do que decorre grande parte das críticas ao agir jurisdicional ativista, até mesmo porque, pode-se afirmar, afigura-se como consequência de todas as dimensões.

Por deferência, no sentido aqui tratado, entende-se a “latitude de escolha que as cortes permitem à discricionariedade ou à margem de conformação normativa dos outros poderes quando julgam a validade dos atos formulados pelos mesmos”.³⁸⁰ Ou seja, a deferência representa o quanto de margem de liberdade o Judiciário considera na atuação dos demais Poderes sem praticar qualquer ingerência ou controle sobre o ato emanado desta discricionariedade.

Evidentemente, em se considerando a dimensão ativista da deferência, esta margem se apresenta limitada, com pouco espaço para o não controle jurisdicional, isto é, faltaria deferência do órgão constitucional à autoridade política acerca de suas escolhas e decisões no exercício de sua função. Exatamente por isso é que o Judiciário “não encontra dificuldades, de fundo institucional, para afastar as decisões de outros poderes e substituí-las pelas próprias”³⁸¹, como se verifica, por exemplo, no caso, já analisado no segundo capítulo, de controle judicial sobre atos administrativos discricionários, sobre os quais o Judiciário vem enfrentando e praticando ingerência em relação ao mérito – conveniência e oportunidade –, consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸² e Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸³.

³⁸⁰ CAMPOS, 2014, p. 167.

³⁸¹ CAMPOS, 2014, p. 167.

³⁸² DI PIETRO, 2007, p. 3.

³⁸³ MELLO, 2008, p. 32-33.

Por esta razão é que esta deferência restrita em relação às demais funções estatais configura dimensão do ativismo judicial.

Esta suposta falta de deferência, contudo, não é uma atitude que se sustenta ao andar sozinha, sem outro fundamento que legitime o rígido controle do Judiciário acerca da validade dos atos emanados dos demais Poderes, pois resultaria em claro excesso de poder por parte do órgão jurisdicional apenas fazer impor sua vontade em relação à vontade das outras funções.

Neste contexto, a restrita deferência, para não configurar uma violação à separação dos Poderes, requer um fundamento de legitimidade que a justifique. Explica-se: se o Judiciário se limitasse, no exercício da jurisdição, estritamente à aplicação positivista, da letra da lei, sem buscar qualquer outro elemento interpretativo, não haveria questionamento em relação à deferência dispensada e, por consequência, acerca de ativismo judicial, diante de um Judiciário passivista. Todavia, certamente, a ordem jurídico-constitucional restaria, não raras vezes, violada pelo mau exercício da discricionariedade política.

Por outro lado, se o controle jurisdicional exercido sobre um ato emanado de outro Poder possui como motivação, por exemplo, a efetiva realização dos valores, princípios e fins constitucionais, como a realização do fundamento da dignidade humana ou o respeito a direitos e garantias fundamentais, a ingerência da atuação judicial de forma a afastar ou modificar decisões políticas se legítima.

Exemplificativamente, traz-se à tona a decisão proferida pelo Plenário do STF, em controle difuso de constitucionalidade, no julgamento do RE nº 592581³⁸⁴, que impôs ao Poder Público a realização de obras e construções em presídios, com vistas a garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos presos. Tal decisão modificou o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual havia sustentado a impossibilidade de ingerência judicial sobre a questão, pois definida como de discricionariedade pública.

O STF, por sua vez, decidiu, limitando a deferência sobre o âmbito de escolha política, que, em nome “da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, inc. XLIX, da Constituição Federal”, resta “lícito ao Judiciário impor à Administração

³⁸⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, RE nº 592.581 com repercussão geral, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/08/2015, DJ de 29/01/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 10/08/2015.

Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais”. Ademais, estabeleceu “não ser oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.³⁸⁵

Outro exemplo de deferência frente ao Poder Executivo é a questão, que será melhor verificada quando da análise da dimensão ativista de políticas públicas e sociais, da concessão judicial de direitos relacionados à saúde, como a determinação ao Poder Público em disponibilizar medicamentos gratuitos a quem não tenha como custeá-los³⁸⁶ e em viabilizar tratamento médico de elevado valor, inclusive no exterior, a quem não tenha como provê-lo.³⁸⁷

A dimensão da deferência em relação aos demais Poderes “em favor dos direitos e liberdades individuais e dos direitos das minorias, é vista, de um modo geral, como uma doutrina legítima de ativismo judicial que se manifesta como critério de menor deferência *prima facie* aos atos dos outros poderes”.³⁸⁸ Sob essa ótica, a limitada deferência não configura falta de respeito ou violação à separação das funções estatais se provida de fundamento que demande a sobreposição jurisdicional à discricionariedade do Poder Público violadora da ordem jurídico-constitucional.

3.2.4. Ativismo Judicial e afirmação de direitos

Como guardião da ordem jurídico-constitucional e, assim, dos valores, princípios e fins a esta pertencentes, o STF é provocado a enfrentar temas e discussões polêmicas, que ultrapassam a seara judicial, adentrando em aspectos relativos à política e à moral, especialmente no que se refere a conflitos envolvendo direitos fundamentais, “tanto os conflitos entre direitos individuais como entre esses direitos e os interesses mais amplos da sociedade”.³⁸⁹

³⁸⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, RE nº 592.581 com repercussão geral, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/08/2015, DJ de 29/01/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 10/08/2015.

³⁸⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 2ª Turma, Ag.Rg. no RE 393.175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/12/2006, DJ de 02/02/2007.

³⁸⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, RE 368.564/DF, Rel. Min. Menezes Direito, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 13/04/2011, DJ de 10/08/2011.

³⁸⁸ CAMPOS, 2014, p. 169.

³⁸⁹ CAMPOS, 2014, p. 169.

Diante desses casos, o agir jurisdicional intenta confortar direitos e princípios que se conflitam entre si, “o que requer, principalmente diante da indeterminação semântica e da alta carga valorativa das normas constitucionais envolvidas, esforço de justificação ética ou axiológica das decisões judiciais verdadeiramente cruciais”.³⁹⁰ Dessa forma, o órgão constitucional acaba por determinar escolhas que influirão diretamente no comportamento dos indivíduos, da sociedade e dos poderes políticos.

E não poderia ser diferente, haja vista que questões de tamanha polêmica e que geram tanta controvérsia ideológica, especialmente de ordem moral, dificilmente conseguem superar o debate político e ser devidamente disciplinadas. Assim, somente o Judiciário é quem pode, levando-se em consideração toda a disciplina jurídica, e desvinculado de quaisquer interesses políticos, ideológicos e religiosos, chegar a uma resolução, mesmo que esta divida a opinião política e pública, já que as “decisões judiciais sobre esses direitos poderão envolver, além de raciocínios jurídicos, juízos de validade moral e política”.³⁹¹

A dificuldade em relacionar estes institutos se deve ao fato de que, embora guardem estreita relação, já que as regras jurídicas surgem a partir de regras morais e por estas são justificadas, “mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional”.³⁹² Ademais, “não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral”.³⁹³

Por isso é que temas desta natureza tendem a proporcionar uma vasta abertura ao agir jurisdicional ativista. Diante disso é que Ronald Dworkin afirma se tratar de um dever da corte constitucional ser ativista no sentido de estar preparada para responder e solucionar questões afetas à moralidade política.³⁹⁴

Caso dos mais relevantes julgado pelo STF que demandou esta polêmica discussão envolvendo aspectos morais, ideológicos, religiosos, além de jurídicos, foi

³⁹⁰ CAMPOS, 2014, p. 169.

³⁹¹ CAMPOS, 2014, p. 169.

³⁹² HABERMAS, 2003, p. 141.

³⁹³ HABERMAS, 2003, p. 141.

³⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fonte, 2002.

o “caso do aborto de fetos anencéfalos”, demandado em controle concentrado de constitucionalidade sob Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54.³⁹⁵

A ação foi formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, com pedido de interpretação conforme a Constituição aos artigos 124, 126 e 128, todos do Código Penal, no intuito de declará-los compatíveis com a dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional brasileiro, bem como com os direitos fundamentais de liberdade e de saúde da gestante e, assim, descriminalizar o ato de interromper voluntariamente a gravidez de feto anencéfalo.³⁹⁶

Antes do julgamento, o parecer do Procurador-Geral da República foi no sentido de que os dispositivos penais interpretados gozavam de univocidade de significado, de tal modo que, “além de não caber interpretação conforme a constituição, que necessariamente envolve definir, entre sentidos possíveis, aquele mais compatível com o Texto Constitucional, ainda eventual sentença de procedência importaria em clara atividade legiferante penal pela Corte”.³⁹⁷

Tal posição foi reforçada pelo entendimento kelseniano adotado de manutenção do órgão constitucional como legislador negativo³⁹⁸, de forma que criar mais uma hipótese de excludente de ilicitude ao aborto seria, verdadeiramente, atuação legislativa, pois tal possibilidade somente poderia ser criada mediante lei e regulamentação séria pelo órgão político “intérprete dos valores culturais da sociedade”. Os votos neste sentido foram proferidos por Cezar Peluso, Eros Grau, Carlos Velloso e Ellen Gracie, esta com postura ainda mais enfática, ao destacar que a criação de tal hipótese resultaria “em usurpação à competência dos outros dois poderes [...] por via oblíqua e em foro impróprio”, sendo que a adoção de postura de legislador positivo para um tema tão relevante resultaria em “ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências”.³⁹⁹

³⁹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012.

³⁹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03/02/2017.

³⁹⁷ CAMPOS, 2014, p. 293.

³⁹⁸ KELSEN, 1974, p. 492.

³⁹⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03/02/2017.

Apesar disso, a ação restou julgada procedente, sob o fundamento de que obrigar uma mulher a levar a gestação de um feto anencéfalo até o fim, ou seja, até o parto, violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, além dos direitos à vida, à liberdade, à privacidade, à autonomia e à saúde da mulher, atribuindo, assim, aos dispositivos penais interpretação conforme a Constituição para retirar a pretensão punitiva do Estado diante de “antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo” e afirmar tais direitos. Os Ministros que votaram neste sentido reconheceram a existência de lacuna legislativa, diante da qual, segundo Luiz Fux, requer-se aplicação de “equidade integrativa”, já que, consoante Gilmar Mendes, a omissão legislativa apresentava-se incompatível com a Constituição.⁴⁰⁰

Além da polêmica envolvendo o aspecto moral da matéria julgada, enfrentada sem qualquer apego a religião – em atenção à laicidade do Estado – ou ideologia, o caso teve como consequência a criação de hipótese de excludente de ilicitude para o crime de aborto, o que, a princípio, somente pode ser disposto pelo Poder Legislativo federal, mas que foi feito pelo STF em sede de controle concentrado sob legítimos fundamentos constitucionais e em aplicação da interpretação conforme à Constituição.

Não há como negar o caráter ativista da referida atuação sob a dimensão de afirmação de direitos, vez que, para tanto, o STF teve, seguindo entendimento da maioria de seus Ministros, de se desgarrar da tese do legislador negativo para, promovendo uma “sentença aditiva de garantia”⁴⁰¹, assumir conduta positiva frente ao ordenamento posto.

Em consonância ao caso superverificado, pende no STF Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de Medida Cautelar, proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), visando a descriminalização da interrupção da gravidez por mulheres infectadas pelo vírus zika.⁴⁰²

Da análise da petição inicial da referida ação de controle concentrado, em apertada síntese, verificam-se como principais fundamentos ensejadores do pedido:

⁴⁰⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 03/02/2017.

⁴⁰¹ CAMPOS, 2014, p. 295.

⁴⁰² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5581, Rel. Min. Cármen Lúcia. Pedido protocolado em 24/08/2016, em andamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5037704>>. Acesso em: 12/02/2017.

a deficiência nos serviços públicos disponibilizados pelo Estado para prevenção e combate ao vírus zika, comprovada por vários pareceres técnicos; as graves violações a diversos preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade, os direitos à liberdade e às integridades física e psicológica, o direito à informação, a proteção à maternidade e à infância, o direito à saúde e à prevenção de doenças, o direito à seguridade social, o direito ao planejamento familiar e de liberdade reprodutiva, e o direito à proteção das pessoas com deficiência; e a necessidade de implementação de políticas públicas adequadas para o combate eficaz da epidemia, consoante pareceres técnicos de organismos nacionais e internacionais.⁴⁰³

Com base, especialmente, nestes fundamentos, a ação tem como pedido, dentre outros, a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, sob o contexto de que a interrupção de gravidez promovida por mulheres infectadas pelo vírus zika encontra abrigo em interpretação constitucionalmente adequada da legislação infraconstitucional penal. Neste sentido, a interrupção da gravidez consiste em gênero, o qual é composto das espécies interrupção lícita, legal, constitucional e interrupção ilícita (aborto). Segundo a inicial, questões de técnica jurídica e sociais impõem modificações interpretativas sobre a interrupção lícita da gravidez, na qual deve se enquadrar o caso de gestantes infectadas pelo vírus zika. Em relação aos direitos das mulheres grávidas infectadas, há o seu direito à vida digna, o qual pressupõe a possibilidade de escolher não continuar com a gravidez que lhe causa intenso sofrimento; bem como o direito à liberdade, compreendendo-se a liberdade à autodeterminação sexual e à autonomia reprodutiva. Neste caso, a inicial pugna para que, em se considerando haver colisão de princípios, os direitos reconhecidos constitucionalmente à mulher devem estar, valorativamente, no mesmo status do direito à vida do embrião ou do feto.⁴⁰⁴

A ação encontra-se em andamento no STF, pendendo ainda decisão do órgão, mas já possui manifestação do Ministério Público, o qual, além de questionar aspectos preliminares, não de mérito, a exemplo da alegada ilegitimidade ativa da

⁴⁰³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5581, Rel. Min. Cármen Lúcia. Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>>. Acesso em: 12/02/2017.

⁴⁰⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5581, Rel. Min. Cármen Lúcia. Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>>. Acesso em: 12/02/2017.

ANADEP, emitiu parecer em sentido a concordar com a constitucionalidade da interrupção da gravidez quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus zica, visando à proteção da saúde da mulher e de sua autonomia reprodutiva. Pelo parecer, configura-se causa de justificação genérica de estado de necessidade, cabendo às redes pública e privada realizar o procedimento apropriado nessas situações.⁴⁰⁵

A decisão proferida na ADPF nº 54 enseja, portanto, a abertura de caminho para novas ações que oportunizam o debate sobre a afirmação de direitos e exigem do STF uma atuação ativista. Portanto, mais esta dimensão de ativismo judicial é verificada no agir do órgão constitucional pátrio.

3.2.5. Ativismo Judicial e políticas públicas e sociais

Como já bem analisado no capítulo anterior, diante da redemocratização do País e da necessidade de reafirmação e ampliação da seara protetiva dos indivíduos, o constituinte de 1988 estabeleceu um extenso e não taxativo rol de direitos e garantias fundamentais.

Ao atribuir a tais direitos e garantias o *status* constitucional, e diante da designação do STF como guardião da Constituição, coube a este órgão garantir, em última análise, o respeito e efetiva realização dos mesmos, de modo a assegurar a integridade do texto supremo.

Todavia, ao mesmo tempo, o constituinte atribuiu aos Poderes políticos do Estado a missão de regulamentar e concretizar tais direitos. Nesse sentido, ao Legislativo coube regulamentar e disciplinar a forma de exercício e satisfação dos mesmos, e ao Executivo coube implementá-los, através de ações governamentais e de políticas públicas, mormente em se tratando de direitos sociais prestacionais.

Ao se tratar de políticas públicas, insta referir a colaboração de Ronald Dworkin nas formulações científicas básicas delineadoras de tal conceito, ou seja, da “*policy*”, segundo o qual se associa à ideia de diretrizes da administração pública, isto é, das metas e objetivos sociais que exigem um programa de ação a ser desenvolvido e realizado pelo Estado de providência para realização de fins

⁴⁰⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5581, Rel. Min. Cármen Lúcia. Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>>. Acesso em: 12/02/2017.

coletivos e concretização dos direitos e garantias fundamentais, atrelado à ideia do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).⁴⁰⁶

Assim, a previsão e concretização de direito está intimamente relacionada, num primeiro momento, à esfera política estatal. Porém, diante da não atuação ou da atuação insatisfatória dos órgãos políticos, que acarretam na não satisfação ou na realização insuficiente do direito prestacional, o Judiciário é chamado a suprir a falta e impor a implementação do direito reclamado, “indo além de puro e simplesmente anularem as leis, para, por si, definirem as políticas públicas no lugar dos outros poderes”.⁴⁰⁷

Neste sentido, trata-se de uma dimensão positiva da atuação estatal frente aos indivíduos, revelando-se “na atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos, inclusive do dever de legislar, voltados à tutela dos direitos fundamentais”.⁴⁰⁸ Diz respeito, portanto, à efetiva realização dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, que exigem a prestação estatal, de forma a assegurar “a liberdade por intermédio do Estado”⁴⁰⁹, englobando “a realização de deveres de proteção aos direitos fundamentais para avançar posições de igualdade e dignidade; a formulação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos dirigidos a assegurar a validade concreta dos direitos sociais e econômicos”.⁴¹⁰

Acerca de tais direitos sociais prestacionais, Ingo Sarlet, estabelecendo sua relação com os direitos de defesa, assim os enquadra:

Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.⁴¹¹

Tais direitos prestacionais, não raro, deixam de ser efetivamente prestados pelos Poderes políticos do Estado, seja pela ação insuficiente, seja pela completa

⁴⁰⁶ DWORKIN, 2002.

⁴⁰⁷ CAMPOS, 2014, p. 170-171.

⁴⁰⁸ CAMPOS, 2014, p. 328.

⁴⁰⁹ SARLET, 2015, p. 47.

⁴¹⁰ CAMPOS, 2014, p. 328.

⁴¹¹ SARLET, 2015, p. 291.

falta de prestação, ocasionadas por razões econômicas, por discricionariedade ou pela incompetência do Poder Público. Diante de sua posituação constitucional acabam por ensejar a judicialização no intuito de suprir a lacuna ou omissão política e fazer realizar judicialmente, ao menos em seu mínimo existencial, estes direitos atinentes ao Estado Social, haja vista serem direitos fundamentais e, logo, de aplicação imediata. Assim:

[...] a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de posituação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.⁴¹²

A inviabilidade de aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais, devido à inação dos Poderes políticos, acarreta, conseqüentemente, no exercício do direito subjetivo de exigir judicialmente a prestação estatal. Nesta seara, destacam-se, hodiernamente, os direitos relativos à saúde, sobre os quais se verifica, nas últimas décadas, uma “enxurrada” de ações judiciais. Neste sentido, como afirmado por Luís Roberto Barroso, há a “judicialização excessiva”⁴¹³ do direito à saúde, visando ora o fornecimento gratuito de medicamentos, ora tratamentos médicos urgentes e de alto custo, inclusive com pedido de seqüestro de valores públicos para este custeio.⁴¹⁴

A atuação jurisdicional frente a demandas relativas ao direito à saúde passou, nas últimas décadas, por uma transformação, como bem explica Ricardo Lima:

De uma situação em que se propugnava que o Estado não tinha qualquer dever de oferecer prestações materiais a indivíduos que o demandassem, se passou a uma situação em que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação do Estado, sob o argumento exclusivo de que o direito à saúde, assegurado na Constituição Federal, é um direito subjetivo público a ser exercido contra o Estado, sem quaisquer outras considerações. Essa

⁴¹² SARLET, 2015, p. 289.

⁴¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direito sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

⁴¹⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** 2ª Turma, Ag. Rg. no AI 597.182-AgR/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 06/11/2006.

atuação transformadora do Poder Judiciário, que, como referido, teve grande mérito na concretização do direito à saúde.⁴¹⁵

A dimensão de políticas públicas e sociais do ativismo judicial é, segundo Daniel Sarmento, evidentemente verificada no País, pois o “Brasil é hoje certamente um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direitos”⁴¹⁶, especialmente em razão do “deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional, no Estado Social e Democrático de Direito, que propicia, por meio de mecanismos jurídicos, a forte atuação do Poder Judiciário, pela Carta Política que o legitima e fortalece”.⁴¹⁷

São diversas as espécies de ações judiciais intentadas e legitimadas por respostas ativistas do STF relativas ao direito de saúde, notadamente de afirmação do direito subjetivo às pessoas carentes. Neste sentido, exemplificativamente, a corte constitucional reconhece o dever estatal de conferir a prestação de medicamentos gratuitos aos que realmente necessitam⁴¹⁸; a distribuição gratuita de medicamentos para tratamento do vírus HIV, igualmente aos carentes de recursos⁴¹⁹; o custeio de tratamento médico de alto custo no exterior⁴²⁰; o dever estatal de disponibilizar vaga de internação em UTI, independente de ter ou não a entidade convênio com o SUS⁴²¹; etc.

De forma a garantir o direito à saúde, em prol da vida e da dignidade humana, o STF acaba, muitas vezes, por relativizar a análise sobre aspectos econômicos, ou seja, a viabilidade estatal de arcar com os custos dos provimentos positivos da saúde. Neste sentido, surge a infundável discussão que coloca em lados opostos o mínimo existencial e a reserva do possível, o que não compreende o objeto da

⁴¹⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 247.

⁴¹⁶ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direito sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553.

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 19-20.

⁴¹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 2ª Turma, RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22/02/2000, DJ de 31/03/2000; RE 534.908, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 11/12/2007, DJ de 22/02/2008.

⁴¹⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 29/06/1999, DJ de 17/09/1999; 2ª Turma, Ag. Rg. no RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/09/2000, DJ de 24/11/2000.

⁴²⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma, RE 368.564/DF, Rel. Min. Menezes Direito, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 13/04/2011, DJ de 10/08/2011.

⁴²¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 2ª Turma, AI 527.135/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 08/04/2005, DJ de 21/06/2005.

presente análise, citando-se apenas para constatar que o agir ativista do Judiciário na área da saúde não é inquestionável, mesmo que o fim a que se destina seja absolutamente louvável.

De acordo com Marcus Aurélio de Freitas Barros, alguns autores não admitem a possibilidade de o Judiciário, mesmo que excepcionalmente, vir a ser formulador de políticas públicas, pois, segundo os mesmos, esta possibilidade geraria o risco de um governo de juízes ou, até mesmo, da instalação de uma aristocracia jurisdicional.

Todavia, diante da realidade social e política vivenciada nos mais diversos Estados Constitucionais, especialmente no Brasil, o fato é que, já há algum tempo, o conceito de política pública não pode deixar de abarcar a função jurisdicional, vez que imprescindível no controle da ação política e na efetiva concretização de direitos não implementados na seara política, a exemplo da já tratada saúde. Neste sentido:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo que se espera o atingimento dos resultados.⁴²²

No mesmo sentido, “não há dúvida que a consagração concreta de políticas implica um mandato constitucional de otimização dos direitos através de uma política predeterminada com a conseqüente restrição da liberdade de conformação do legislador e entrada do controle das políticas no circuito da constitucionalidade”.⁴²³

Por fim, imprescindível trazer à tona as palavras proferidas pelo Min. Celso de Mello na fundamentação de seu voto quando do julgamento da ADPF nº 45 MC/DF:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’.

⁴²² BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Coord.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

⁴²³ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 59.

Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).⁴²⁴

Não só o direito à saúde é objeto de verificação do ativismo judicial sob a dimensão das políticas públicas e sociais. Relacionado a esta dimensão, ainda, impende tratar, mesmo que brevemente, de um fenômeno que está bastante em voga e sobre o qual se identifica claramente a atuação jurisdicional ativista: o estado de coisas inconstitucional.

3.2.5.1. O Estado de Coisas Inconstitucional

Inerente à temática sobre políticas públicas, faz-se mister adentrar na análise do fenômeno chamado “estado de coisas inconstitucional”, extremamente em evidência diante da realidade social atual e da falência múltipla de vários serviços públicos que garantem o exercício mínimo da dignidade da pessoa humana.

Ab initio, importante esclarecer que o intuito não é o estudo exauriente do tema, o que demandaria uma dissertação específica, inclusive com análise do Direito comparado, haja vista sua complexidade e recente aparição e ascensão no Direito brasileiro. Contudo, o presente estudo, mesmo que em linhas gerais, será de grande valia na contextualização em relação ao ativismo judicial e suas dimensões.

Nesse intuito, impossível tratar sobre o ECI sem trazer à baila a primeira aparição com referência expressa ao instituto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o fim de caracterizar situações de flagrantes e reiteradas ofensas aos direitos fundamentais da população carcerária.

Foi em sessão realizada no dia 09 de setembro de 2015, quando o STF concedeu parcialmente cautelar solicitada na ADPF nº 347 MC/DF⁴²⁵, intentada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, o qual buscava fosse reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a consequente adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes

⁴²⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, DJ de 04/05/2004.

⁴²⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016.

Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, como bem apontado na exordial da referida ação:

Objetivando seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, determinada a adoção das providências listadas ao final, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, a seguir descritas, no tratamento da questão prisional no país.⁴²⁶

Em apertada síntese, os Ministros do STF decidiram pela necessidade de realização de audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão, bem como a possibilidade do descontingenciamento do Fundo Penitenciário, como se analisará de forma pormenorizada mais adiante.⁴²⁷

Apesar de decisão importando medidas relevantes e inovadoras, mais do que o dispositivo, importam à presente análise a origem do fenômeno, a tese formulada na referida ADPF, os elementos caracterizadores do ECI e a dimensão do ativismo judicial atinente à postura do STF frente mesmo.

Como bem apontado na petição inicial da referida ADPF, a técnica do ECI foi originariamente utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia, no ano de 1997, e, por conseguinte, já aplicada em, pelo menos, nove casos, tendo um deles versado, especificamente, sobre o sistema prisional do país. Neste sentido:

A Corte Constitucional da Colômbia – certamente um dos tribunais constitucionais com atuação mais destacada na defesa dos direitos humanos em todo o mundo - vem desenvolvendo uma fecunda técnica decisória, voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Trata-se do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”.⁴²⁸

⁴²⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴²⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴²⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/>

Assim, sua origem, ou seja, a ideia de que pode existir um “estado de coisas inconstitucional” e que, em decorrência, a Suprema Corte do respectivo país pode atuar para corrigir essa situação, de forma a enfrentar diretamente as políticas públicas adotadas ou a falta destas pelos demais Poderes, remonte de 1997, na Corte Constitucional da Colômbia, com a chamada “*Sentencia de Unificación (SU)*”, tomada no processo T-153.⁴²⁹ Nesta histórica decisão, a Corte destacou:

*Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.*⁴³⁰

consultarprocesoelectronico/ConsultarProcesoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴²⁹ COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Disponível em: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561621#section_3>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴³⁰ “Os cárceres colombianos se caracterizam pela superlotação, graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, império da violência, extorsão, corrupção, e carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos reclusos. Esta situação se enquadra plenamente na definição do estado de coisas inconstitucional. E dali se deduz uma flagrante violação de um leque de direitos fundamentais dos presos como a dignidade, a vida, a integridade pessoal e os direitos à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência, etc. Durante muitos anos a sociedade e o Estado cruzaram os braços para esta situação, observando com indiferença a tragédia diária dos cárceres, mesmo ela representando dia a dia o descumprimento da Constituição e das leis. As circunstâncias nas quais transcorre a vida nos presídios exigem uma solução urgente, na realidade, o problema carcerário representa não só um delicado assunto de ordem pública, como se percebe atualmente, mas uma situação de extrema gravidade social que não pode ficar desatendida. Contudo, o remédio dos males que assolam o sistema penitenciário não está unicamente nas mãos do Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (INPEC), ou do Ministério da Justiça. Por isso, a Corte precisa exigir dos mais diferentes órgãos do Poder Público para que tomem as medidas adequadas no caminho para a solução deste problema”. (COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Disponível em: <<http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561621>>. Acesso em 06/02/17, tradução nossa).

Tomando como base e citando exemplos de “*Sentencia de Unificación (SU)*”, o Min. Marco Aurélio, relator da ADPF nº 347 MC/DF, além de reforçar a origem do termo, preocupou-se em elencar os três pressupostos principais para a caracterização do ECI:

O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, *Sentencia* nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* SU – 250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T – 525, de 23 de julho de 1999; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* T – 025, de 22 de janeiro de 2004).⁴³¹

Como se denota, os pressupostos para a configuração de um “estado de coisas inconstitucional”, seu reconhecimento e adoção das técnicas que tal circunstância exige trazem consigo as próprias características do referido instituto, como bem alerta Carlos Alexandre de Azevedo Campos.⁴³²

Neste contexto, o primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente por parte do Estado, mas de violação generalizada e massiva de direitos fundamentais, capaz de afetar um número amplo de pessoas.⁴³³ Nas palavras do citado autor:

Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.⁴³⁴

⁴³¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em 04/02/2017.

⁴³³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso

Por sua vez, o segundo pressuposto requer a configuração de uma inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em geral em modificar a situação de violação aos direitos fundamentais. Dessa forma, não basta a mera violação, deve existir uma omissão ou incapacidade constante e repetida dos órgãos e autoridades responsáveis pela implementação de políticas e serviços públicos que os impossibilitam absolutamente de cumprir com suas obrigações legais e constitucionais de defesa e promoção dos direitos fundamentais. Destacam-se, neste sentido, os ensinamentos de Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.⁴³⁵

Por fim, o terceiro e último pressuposto configurativo do ECI seria a verificação de um cenário no qual, para a superação das graves violações a direitos fundamentais e alteração da situação de inconstitucionalidade, exige-se a atuação não apenas de um órgão ou autoridade, mas sim de uma pluralidade de órgãos e autoridades, a ponto de necessitar transformações estruturais em relação às funções dos Poderes Públicos e a atuação convergente de todos com vista aos mesmos fins.⁴³⁶ Neste sentido:

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções.⁴³⁷

em 04/02/2017.

⁴³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em 04/02/2017.

⁴³⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de

Consoante Libardo José Ariza, citado por Campos, em face do mau funcionamento estrutural e histórico do Estado impõe-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance”. Para a solução são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, profundas mudanças estruturais, inclusive com “intervenção estrutural” do Poder Judiciário.⁴³⁸

Nesse contexto, há necessidade imperiosa de um esforço conjunto de autoridades e órgãos públicos capazes de alterar minimamente as distorções inconstitucionais, a fim de transformar um estado de coisas inconstitucional em um estado constitucional e adequado de coisas.

Todavia, como esse esforço conjunto dificilmente pode se dar a partir da atitude voluntária e organizada de todos os responsáveis, o Judiciário, declarando a inconstitucionalidade vivenciada, promove a formulação e implementação das políticas públicas necessárias ao restabelecimento da ordem.

Especificamente em relação à crise carcerária brasileira, há, ainda, outro agravante, o qual requer com maior urgência a interferência jurisdicional, isto é, o fato de que parte da sociedade condena ação governamental prioritária voltada a resolver o problema prisional, sob o entendimento de que outras áreas, como saúde, educação, habitação, por exemplo, devem receber maior atenção do governo. Nesse entendimento:

[...] a intervenção judicial estrutural, típica da declaração do estado de coisas inconstitucional, faz-se inevitável no caso do sistema carcerário brasileiro ante a improbabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos dessa natureza, bloqueios políticos costumam ser insuperáveis. A população carcerária brasileira configura minoria desprezada, sem representatividade política. De um modo geral, devido à impopularidade dessa classe de pessoas, a sociedade não aceita seja eleita como prioridade de gastos públicos a melhoria nas instalações e condições das prisões.⁴³⁹

Doutor ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_d_e_Doutorado_em_Direito_P%C3%ABAblico>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴³⁸ ARIZA, Libardo José. **The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia**. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 142 *apud* CAMPOS, 2015, p. 21. Acesso em: 04/02/2017.

⁴³⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de**

Nesse diapasão, como muito bem apontou Ana Paula de Barcellos, muitos cidadãos livres acreditam que os criminosos perdem o direito à vida digna ou mesmo à condição humana, não sendo titulares de quaisquer direitos fundamentais. Que não há problema algum no fato de estes seres humanos não possuírem condições dignas de vida e, na realidade, muitos até acreditam serem as condições desumanas das prisões uma justa retribuição ao crime praticado.⁴⁴⁰

Desse modo, as violações aos direitos fundamentais atingem tamanha gravidade que apenas uma soma integrada e planejada de esforços é forte o suficiente para restituir a ordem e a observância dos ditames constitucionais.

A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais constitui, nesse sentido, uma verdadeira “falha estatal estrutural”⁴⁴¹, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação.

Assim, a tão buscada superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes, pois são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos, etc. Daí a necessidade da declaração do “estado de coisas inconstitucional”, e a consequente intervenção judicial.

Quando declara o estado de coisas inconstitucional, a Corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a Corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários, e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.⁴⁴²

Coisas Inconstitucional”. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_d_e_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, 2010.

⁴⁴¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>. Acesso em 04/02/2017.

⁴⁴² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **“Estado de Coisas Inconstitucional” e Litígio**

Por isso, a Corte se encontra diante do chamado “litígio estrutural”, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, autoridades, órgãos e entidades, e por implicar ordens de execução complexa.⁴⁴³ E, para que se possa minimamente enfrentar litígios desta espécie, os juízes constitucionais precisam fixar os chamados “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas.⁴⁴⁴

Tendo ciente a origem histórica, os pressupostos de aplicação e as características atinentes ao ECI, importante retomar o julgamento da Medida Cautelar da ADPF nº 347/DF, sobre a qual o STF assim decidiu e ementou:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.⁴⁴⁵

Estrutural. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/15685170/_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_Lit%C3%ADgio_Estrutural>. Acesso em 04/02/2017.

⁴⁴³ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, 2010. p. 16.

⁴⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **“Estado de Coisas Inconstitucional” e Litígio Estrutural.** In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/15685170/_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_Lit%C3%ADgio_Estrutural>. Acesso em 04/02/2017.

⁴⁴⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/>>

Por maioria dos votos, o Plenário do STF acolheu proposta do Min. Luís Roberto Barroso para determinar à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação do sistema prisional. Vencidos, neste ponto, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Cármen Lúcia e o Presidente do STF, Ricardo Lewandowski.⁴⁴⁶

Assim, como visto, o STF ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF, mas já apreciou o pedido de liminar, concedendo, parcialmente, a referida medida, e deferindo apenas os pedidos "b" (audiência de custódia) e "h" (liberação das verbas do FUNPEN).

Isso porque o Plenário reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, configurando-se as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios penas cruéis, desumanas e degradantes.

Porém, verifica-se a preocupação da Suprema Corte em não só reconhecer um estado inconstitucional, até porque a situação catastrófica dos presídios e o desrespeito à dignidade humana são latentes, de conhecimento geral, não precisando ser declaradas por nenhum órgão. Pela análise dos votos proferidos, percebe-se a convicção de que a transformação da situação de flagrante inconstitucionalidade somente pode se dar pela direta ingerência do Judiciário sobre a organização, o planejamento e a aplicação das políticas públicas.

Diante disso, de forma a guardar a Constituição e fazer efetivar os preceitos, valores e fins nela contidos, o STF adotou postura ativa, na dimensão que ora é tratada, autorizando e organizando medidas, ainda iniciais, destinadas a fazer implementar políticas públicas, em casos como o que se verifica no sistema carcerário nacional, situação configuradora de grave e inescusável omissão estatal.

Dessa maneira, apenas de forma exemplificativa, intenta-se apresentar trechos dos votos de alguns Ministros do STF, selecionados pelo viés ativista do

consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴⁴⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

entendimento proferido, que se conforma com a dimensão de políticas públicas e sociais. Neste sentido, o Min. Celso de Mello assim se manifesta:

O Supremo Tribunal Federal tem acentuado ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal.⁴⁴⁷

O Ministro frisa, ainda, o que um agir não concretista da Constituição por parte da Corte Constitucional brasileira poderia acarretar:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.⁴⁴⁸

No mesmo contexto, o referido Ministro deixa clara sua posição de que incumbe aos magistrados e Tribunais, principalmente aos juízes do STF, a função precípua e inerente de velar pela observância dos direitos fundamentais de todas as pessoas indistintamente, de repelir condutas governamentais abusivas, de conferir observância à dignidade da pessoa humana, de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e de neutralizar qualquer início de opressão estatal, senão veja-se:

É por isso que se pode proclamar que o Supremo Tribunal Federal – que não se curva a ninguém, nem tolera a prepotência dos governantes, nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República – desempenha as suas funções institucionais e exerce a

⁴⁴⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴⁴⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição.

Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência, pela omissão governamental e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência da Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República.⁴⁴⁹

Portanto, para Celso de Mello, é errôneo pensar que o STF está interferindo na esfera dos demais Poderes da República. Pelo contrário, no seu entender, a Suprema Corte brasileira, legítima guardiã da Constituição, por expressa delegação do poder constituinte, não pode renunciar ao exercício desse encargo (prática da jurisdição), pois, se o órgão constitucional falhar no desempenho de sua função precípua, ou eximir-se, acabará, também ele, por descumprir a Constituição que deveria proteger e zelar, e, conseqüentemente, por deixar desatendidos os que buscam por uma solução jurisdicional, tendo em vista as omissões reiteradas dos outros Poderes.

No mesmo sentido ativista, importante o destaque feito pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto:

O atendimento do pedido, por um lado, modifica a legislação penal e processual, estabelecendo normas de Direito Penal e Processual não previstas até o momento. Por outro lado, determina a adoção de políticas públicas significativas para atender aos ditames da Constituição. Quanto ao cumprimento da decisão, pede-se que o Supremo Tribunal retenha a jurisdição, fiscalizando sua execução.⁴⁵⁰

Nesse mesmo caminho, imprescindível se faz dar destaque ao seguinte trecho do voto – ou do desabafo – do Min. Luiz Fux:

O Supremo Tribunal Federal, nessa onda que aduz ativista - só que nós não agimos ex officio, somos provocados e isso aqui é um exemplo disso -, tem ido muito além do que já foi. O Supremo Tribunal Federal agora ocupa um papel de destaque até mesmo na garantia da governabilidade sob vários aspectos, porque, em várias ocasiões, essas políticas públicas não são enfrentadas. E enfrentá-las politicamente pode gerar um preço social muito grande para aqueles a quem compete decidir sobre essas matérias. Então,

⁴⁴⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴⁵⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

empurra-se para o Poder Judiciário - cujos juízes não são eleitos, são indicados, mas são concursados, e o próprio Poder Judiciário de primeiro grau -, porque ali evidentemente não há compromisso com um eleitorado e ele resolve as questões. É o que tem acontecido hoje com o Supremo Tribunal Federal. Esse ativismo, essa suposta judicialização de questões que, segundo alguns, não nos dizem respeito, nos diz respeito na medida em que a Constituição Federal nos obriga a prover tão logo provocado.⁴⁵¹

Assim, corroborando o entendimento ativista, o Min. Luiz Fux sustenta que é a Constituição Federal que obriga o STF a agir, a fazer cumprir a norma constitucional em todos os seus dispositivos, preceitos, valores e fins, a fazer observar a dignidade da pessoa humana, núcleo central e axiológico dos direitos fundamentais. Com vistas a isso, sempre que provocado, o STF pode e deve adentrar em aspectos políticos e de governabilidade, pois é a norma fundamental que legitima este agir. Se isso é ativismo judicial, logo, o STF deve ser ativista, por imposição da Constituição.

Apesar disso, o fenômeno não é imune a críticas, pelo contrário, é considerado por alguns juristas como uma tentativa de legitimar o ativismo jurisdicional, correspondendo a um ativismo disfarçado. Dentre eles está Guilherme Peña de Moraes, segundo o qual “os juízes estão em busca para justificativas extraconstitucionais e invenções para explicar o seu ativismo. O poder que anseiam não existe na Constituição, razão pela qual devem eles constantemente contornar as disposições constitucionais”.⁴⁵² Por esta razão é que, seguidamente, o Judiciário brasileiro acaba por importar teses, teorias e entendimentos dos Direitos e das Supremas Cortes estrangeiros.

Reforçando a crítica, José Rodrigo Rodriguez, ao analisar as decisões tomadas nas medidas cautelares da ADPF 347, conclui que houve, mais do que fundamentos jurídico-constitucionais, a adoção de um tipo de argumentação baseado em argumentos de autoridade, em opiniões pessoais dos Ministros, no qual “a pessoa que toma a decisão e a decisão em si mesma são mais importantes do que o raciocínio desenvolvido para se chegar nela”.⁴⁵³

⁴⁵¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 04/02/2017.

⁴⁵² MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 35.

⁴⁵³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013. p. 62.

Não obstante estas fortes críticas e outras também voltadas ao ECI, o fato é que o fenômeno já é realidade no Estado Constitucional brasileiro e ainda suscitará muita análise e discussão. De qualquer forma, é mais uma demonstração da dimensão de políticas públicas e sociais do ativismo judicial presente na atuação da corte constitucional pátria.

3.2.6. Ativismo Judicial e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios

Esta dimensão do ativismo judicial está intimamente atrelada a questões de processo e de procedimento. Através de sua ação institucional, o Judiciário cria mecanismos para ampliar o acesso à sua função e o âmbito de sua atuação, afastando eventuais entraves e dificuldades procedimentais de busca pela jurisdição. Com base nesta dimensão, verifica-se a evolução das regras procedimentais no sentido de ampliar o acesso ao Judiciário, controlar o número de ações e de recursos, bem como de aumentar a força de suas decisões e sua independência perante os demais Poderes.

Neste sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos assim explica esta face do ativismo judicial:

As cortes e juízes ativistas também expandem o papel institucional por intermédio da ampliação jurisprudencial do acesso à sua jurisdição e de seu espaço de atuação, afastando por sua conta dificuldades procedimentais, como critérios rígidos de legitimidade processual e de cabimento de ações e recursos. [...]. Por meio desta dimensão, as cortes ativistas também ampliam seus poderes de decisão, formulando doutrinas que reforçam o alcance das ações e recursos constitucionais, assim como a força vinculante das decisões. Com o desenvolvimento ampliativo dessas regras procedimentais, as cortes aumentam para si o grau de independência em face dos poderes políticos.⁴⁵⁴

O primeiro elemento que leva à autoexpansão jurisdicional é a ampliação do acesso à Justiça como garantia constitucional de tutela judicial, já tratado no capítulo anterior como causa da massiva judicialização. De qualquer forma, ainda pendem alguns comentários pertinentes ao entendimento desta dimensão.

Inicialmente, sob o modelo constitucional adotado no Brasil, as “portas” do Judiciário estão “escancaradas” para quem precisar dela um provimento. Há, sim,

⁴⁵⁴ CAMPOS, 2014, p. 171.

limitadores de legitimidade na norma processual, mas há, ainda mais, instrumentos que facilitam e legitimam o acesso à Justiça, muitos dos quais estão previstos na norma processual e na própria Constituição, como, por exemplo, o direito à justiça gratuita aos que dela precisarem. Porém, muitos instrumentos decorrem não da norma, mas da própria atuação expansiva do Judiciário.

A esse respeito, Lenio Streck aduz que há uma crise no modelo adotado, a qual “se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais”.⁴⁵⁵ Segundo Streck, “esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina”.⁴⁵⁶

Nesta visão, o modelo vigente favorece o crescimento das demandas judiciais, pois o Direito foi concebido de forma a permitir tratar individualmente interesses de natureza coletiva, dada a convicção de que “a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade”.⁴⁵⁷

Marcelo Paulo Wacheleski e Clayton Gomes de Medeiros atribuem à autoexpansão, além disso, o modelo de justiça interventiva que sucedeu a justiça formal. Segundo os autores, a passagem à justiça interventiva “se deu sob duas frentes distintas, porém conexas: a assunção de novos direitos decorrentes do Estado Providência/Welfare e também pelo surgimento de novos atores”.⁴⁵⁸ Ao lado destas duas causas, os autores elencam uma terceira: “a constatação da incompetência democrática dos Poderes Executivo e Legislativo de oferecer respostas seguras à demanda social por justiça, o que exige a implementação de direitos assegurados formalmente na Constituição Federal de 1988”.⁴⁵⁹

Estas três causas verificam-se intimamente entrelaçadas. Nesse contexto, os direitos prestacionais sociais, como visto no tópico anterior, são diretamente responsáveis pela excedente judicialização verificada nas últimas décadas, ao que

⁴⁵⁵ STRECK, 2014, p. 46.

⁴⁵⁶ STRECK, 2014, p. 46.

⁴⁵⁷ FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995. p. 46.

⁴⁵⁸ WACHELESKI, Marcelo Paulo; MEDEIROS, Clayton Gomes de. **Judiciário Interventivo, Acesso à Justiça e a Judicialização das relações sociais**. In: *Ajuris*. Disponível em: <www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/364/299>. Acesso em: 06/02/2017.

⁴⁵⁹ WACHELESKI, Marcelo Paulo; MEDEIROS, Clayton Gomes de. **Judiciário Interventivo, Acesso à Justiça e a Judicialização das relações sociais**. In: *Ajuris*. Disponível em: <www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/364/299>. Acesso em: 06/02/2017.

se deve o referido surgimento de novos atores na seara judicial, buscando a esfera protetiva jurisdicional diante da não satisfação pelos Poderes políticos do Estado. Ademais, em relação a esta esfera protetiva, destaca-se “a prevalência dada nos sistemas constitucionais à agenda igualitária, que colocou no palco novos atores sociais – afrodescendentes, ambientalistas etc. –, que cobram maior regulação e normatização de seus direitos de forma a torná-los efetivos jurisdicionalmente”.⁴⁶⁰

A dimensão em apreço possui, além do acesso à Justiça, outros elementos caracterizadores do ativismo judicial, atinentes aos poderes decisórios do Judiciário. Nesse sentido, o STF, “embora sempre constrangido pela preocupação com sua funcionalidade”⁴⁶¹, ao menos em algumas manifestações de seus Ministros, evidencia sinais claros desta dimensão, “máxime com os novos instrumentos decisórios estabelecidos pela EC 45/2004 – súmula vinculante e repercussão geral”.⁴⁶²

Ambos os institutos, criados pelo constituinte derivado, conferem uma procedimentalidade, a ser executada pelo STF, que favorece a autoexpansão e aumenta o poder de controle e decisão do órgão constitucional brasileiro, já que é o mesmo quem “cria o Direito” em relação a ambos, tendo como um de seus intuitos, em via contrária ao acesso à Justiça, controlar o aspecto quantitativo de demandas e recursos.

Quanto a essa função, Kelsen prevê que a função criadora do Direito pelos tribunais surge quando a estes é conferida competência para produzir normas gerais por meio de seus precedentes, o que os coloca em situação de concorrência com o órgão legislativo, significando isso uma descentralização da função legiferante.⁴⁶³

Com base no art. 103-A da CF/88, a súmula vinculante é instrumento que permite ao Judiciário brasileiro impor sua jurisprudência consolidada frente aos demais Poderes, haja vista o caráter vinculante da decisão sumulada, à qual todos os demais órgãos e Poderes de todas as esferas federativas do País devem se submeter. A súmula advém de reiteradas e uniformes decisões sobre matéria

⁴⁶⁰ WACHELESKI, Marcelo Paulo; MEDEIROS, Clayton Gomes de. **Judiciário Interventivo, Acesso à Justiça e a Judicialização das relações sociais**. In: *Ajuris*. Disponível em: <www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/364/299>. Acesso em: 06/02/2017.

⁴⁶¹ CAMPOS, 2014, p. 172.

⁴⁶² CAMPOS, 2014, p. 172.

⁴⁶³ KELSEN, 1998, p. 174-178.

constitucional tomadas pela corte constitucional, e adquire o caráter vinculante pela disposição de dois terços de seus membros.

O intuito da súmula vinculante é afastar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, decorrentes de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, sobre a qual tenha sido proferida decisão e a esta atribuído a validade, a interpretação e a eficácia de normas constitucionais.

Na prática, nenhum ato emanado de outro Poder nem decisão judicial de órgão inferior podem contrariar disposição sumular vinculante, sob pena, respectivamente, de anulação ou cassação, determinadas em face de reclamação interposta diretamente perante o STF.

No mesmo intuito de contornar o problema da crise numérica, não propriamente de ações, mas de recursos perante o órgão constitucional, a citada emenda também instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade e elemento de uniformização do recurso extraordinário perante o STF. Neste sentido, o STF “só conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional oferecer repercussão geral, ou seja, quando discutir questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico”.⁴⁶⁴

O instituto cria regra procedimental que confere ao recurso sobre matéria constitucional o caráter de interesse que ultrapasse a esfera particular do recorrente, e que demonstre a relevância geral da matéria, isto é, que repercuta fora do âmbito do respectivo processo, alcançando a repercussão extraprocessual, sob pena de não ser conhecido o recurso.

Nesta seara, assim como em relação às súmulas vinculantes, é o STF quem define as matérias que possuem repercussão geral e, logo, é o mesmo órgão quem decide quais matérias constitucionais e recursos extraordinários serão por ele processados e julgados.

Portanto, mais esta dimensão do ativismo judicial, de autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios, é verificada na prática da corte constitucional brasileira, com a devida legitimidade atribuída pela norma constitucional.

3.2.7. Ativismo Judicial e superação de precedentes

⁴⁶⁴ MENDES; BRANCO, 2016, p. 1155.

Ao tratar de precedentes, esta dimensão do ativismo remete ao sistema jurídico da *common law*, que não diz respeito ao modelo brasileiro de *civil law*. Todavia, conforme se verificará, pertinente também é o seu estudo para fins de analisar a atuação jurisdicional do Judiciário brasileiro.

O sistema da *common law*, também chamado de “direito comum”, é baseado em regras não escritas, possui natureza voltada à continuidade e à tradição, e se funda em precedentes, ou seja, em decisões judiciais já tomadas anteriormente que nortearão a resolução de casos judiciais posteriores.⁴⁶⁵ Neste sentido:

O common law não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de common law, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.⁴⁶⁶

Como se vê, é da própria natureza deste sistema o caráter ativista, já que, em regra, não há normas jurídicas escritas a serem seguidas, mas um direito natural, baseado em costumes e na tradição, bem como na própria sociedade e em sua evolução. Dessa forma, segundo Paolo Grossi, o traço mais peculiar deste sistema “é, de fato, que o direito seja coisa de juristas e que não pode ser senão a ordem dos juristas a fixá-lo e exprimi-lo, além de garantir-lhe o desenvolvimento com relação às necessidades de uma sociedade em crescimento”.⁴⁶⁷

Mesmo que o sistema seja baseado em precedentes, para satisfazer aos objetivos constitucionais e às necessidades sociais os juízes ativistas não restringem sua atuação aos precedentes, até porque estes não são imutáveis, sendo que a superação dos mesmos se afigura um processo necessário para melhor satisfazer os significados previstos na Constituição. Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma, nesse diapasão, que:

Acima da estabilidade, certeza e uniformidade do direito proporcionadas pelo respeito aos precedentes, os ativistas escolhem exercer a flexibilidade

⁴⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito: Civil law e Common Law.** In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out. 2009. p. 54.

⁴⁶⁶ WAMBIER, 2009, p. 54.

⁴⁶⁷ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito.** Ricardo Marcelo Fonseca (Trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 55-56.

interpretativa e decisória se isso for necessário para a construção do sentido correto das normas constitucionais – correto segundo suas perspectivas.⁴⁶⁸

Esta prática de superação de precedentes, nos Estados Unidos, onde vigora o sistema em questão, é considerada, pelos conservadores e por aqueles que criticam o agir ativista, exercício ilegítimo de ativismo judicial⁴⁶⁹, com base no princípio “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”.⁴⁷⁰

Por outro lado, como já referido, o Brasil adotou o sistema de *civil law*, de tradição jurídica romano-germânica, que, em princípio, não se baseia em precedentes judiciais, mas sim nas leis e nos códigos, as quais têm o papel fundamental de representar a vontade do povo, estando os juízes, num primeiro momento, adstritos em suas decisões ao texto legal.⁴⁷¹

Dessa forma, num primeiro momento, pode parecer irrelevante à realidade jurisdicional brasileira a dimensão ora em apreço, vez que toma como objeto os precedentes, que não constituem, num primeiro momento sob o modelo vigente. Todavia, fazendo-se uma analogia em relação a este sistema, verificam-se alguns pontos em comum.

O principal deles diz respeito ao sistema de controle de constitucionalidade vigente, o qual pode ser realizado, em caráter difuso, por qualquer juiz ou tribunal, e não somente pelo órgão constitucional, a exemplo do modelo americano. Nesse aspecto, é possível a qualquer juiz negar aplicação a lei, quando na análise do caso concreto, verificar-se desacordo em relação à Constituição.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, neste aspecto o modelo brasileiro guarda semelhança com o sistema americano, diferindo-se deste apenas quanto ao fato de que, enquanto o objeto principal de análise frente à Constituição brasileira é a lei, o juiz americano tem como objeto os precedentes e as decisões da Suprema Corte, sendo que, em ambos os casos, o objeto será superado se puser em risco os

⁴⁶⁸ CAMPOS, 2014, p. 172.

⁴⁶⁹ CAMPOS, 2014, p. 172.

⁴⁷⁰ SABINO, Marco Antonio da Costa. **O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil**. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 85, abril 2010. p. 55.

⁴⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes**: Civil Law e Common Law. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, v. 893, março 2010. p. 36.

valores, princípios e fins previstos em sua respectiva Constituição, parâmetro para o controle nos dois modelos.⁴⁷²

Ademais, se, como afirmado, o Judiciário norte-americano se mostra ativista diante da superação de precedentes que não mais se adéquam à realidade e às necessidades sociais, de modo a dar significado a sua Constituição, no Brasil, há tempos se verifica a superação da simples consideração da lei, levando o Judiciário em apreço, com vista aos mesmos fins, todo o Direito e seu conjunto de normas, princípios e valores, além de aspectos não jurídicos – políticos, econômicos, morais, sociais – que, igualmente, devem ser considerados quando da análise e julgamento do caso em concreto.

Além disso, já não se pode mais afirmar que o modelo brasileiro de *civil law* não possui como fontes precedentes judiciais. Desde o início da superação do sistema positivista, pós-segunda guerra mundial, e a conseqüente ascensão do pós-positivismo, a jurisprudência, entendida como o conjunto reiterado e uniforme de decisões sobre mesma matéria, passou a ser adotada e aplicada como fonte do Direito, com força de norma jurídica. Neste sentido, “existe um consenso, cada vez mais sedimentado, no sentido de admitir-se que a jurisprudência é fonte do direito”.⁴⁷³

Essa mudança histórica de rumos obviamente afeta profundamente o sistema das fontes formais. Na medida em que a lei perde sua aura de diretriz soberana e absoluta e deve ser confrontada em todos os momentos com a axiologia constitucional, o papel da jurisprudência – e sobretudo das Cortes Constitucionais – ganha um novo relevo. A última palavra sobre a validade da lei diante da Constituição ocorrerá nos tribunais, e não mais nos Parlamentos.⁴⁷⁴

A partir desse conjunto reiterado e uníssono de decisões acerca de determinada matéria nasce a jurisprudência no sentido de fonte formal, da qual decorre o surgimento do precedente, que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, diz respeito à “primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea deixando-a cristalina”.⁴⁷⁵

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 74.

⁴⁷³ SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 37.

⁴⁷⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. **A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica**. In: *Revista Sequência*, n. 58, p. 23-34, jul. 2009. p. 24.

⁴⁷⁵ MARINONI, 2010, p. 216.

Disso se infere que não é qualquer decisão jurídica que forma o precedente, pois este “é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.⁴⁷⁶ Nesse contexto, “embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se entender que o que tem caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente”.⁴⁷⁷

A *ratio decidendi* representa os fundamentos jurídicos que embasam a decisão proferida, sendo composta pela indicação dos fatos relevantes da causa, pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão e pelo juízo decisório emitido⁴⁷⁸, Disso se constitui a “razão de decidir”, que, “numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão”.⁴⁷⁹ Verificando-se a presença destes três elementos, composta estará a *ratio decidendi* e, por consequência, o precedente judicial, a ser adotado como fonte na aplicação sobre casos semelhantes futuros.

Dessa forma, mesmo que o Brasil se estruture sob o sistema de *civil law*, hoje é incontroverso que o sistema de precedentes se encontra em pleno vigor com caráter de fonte criadora do Direito, pois seu espírito decorre da aplicação da norma geral elaborada pelo órgão jurisdicional, com base em um caso concreto, e que pode servir de fundamento para demandas semelhantes.⁴⁸⁰

Assim, da mesma forma como nos Estados Unidos, é possível que um precedente formado, pelos mesmos motivos que levaram à sua formação possa ser superado, demonstrando mais esta face do ativismo judicial em relação ao Judiciário brasileiro.

A superação de um precedente ocorre quando este já não pode mais incidir sobre casos concretos devido à sua inadequação jurídica. A primeira forma de superação de precedentes se dá pela elaboração de ato legislativo atinente à

⁴⁷⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

⁴⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2012. p.385.

⁴⁷⁸ TUCCI, 2004, p. 175.

⁴⁷⁹ MARINONI, 2010, p. 221.

⁴⁸⁰ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 386.

matéria objeto do precedente, haja vista não haver impedimento quanto à edição de uma norma que revogue o precedente.⁴⁸¹

Além desta, há outras técnicas de superação de precedentes existentes, dentre as quais se aplicam no Brasil, basicamente, duas: o *overruling* e o *overriding*. A respeito destas, Fredie Didier Jr. assim as define:

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente. [...] o próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. Essa substituição pode ser (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição dessa última.⁴⁸²

Enquanto o *overruling* representa a substituição ou a superação total do precedente anterior por outro, o *overriding*, por sua vez, representa uma superação parcial do precedente, a exemplo de uma revogação parcial, “quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal”.⁴⁸³

Ciente sobre o significado destas técnicas de superação de precedentes, Marcelo Alves Dias de Souza faz, ainda, importante consideração:

É importante distinguir ainda entre *overruling* e *reversal*. Enquanto aquele representa uma técnica de superação do precedente, este último representa tão somente a reforma, por uma Corte superior, de uma decisão proferida por órgão inferior. É o que ocorre nos casos em que, no julgamento de um recurso, o órgão *ad quem* altera o entendimento firmado pelo órgão *a quo*. O *reversal* não configura, pois, uma técnica de superação, mas apenas uma técnica de controle.⁴⁸⁴

Embora evite utilizar a expressão “precedente”, o ordenamento brasileiro prevê expressamente técnicas de superação de precedentes judiciais, a exemplo do procedimento de revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes, previsto no art. 103-A, § 2º, da CF/88. A respeito disso:

⁴⁸¹ COLE, Charles D. **Precedente Judicial**: A experiência Americana. In: *Revista de Processo*, n. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 75.

⁴⁸² DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 405.

⁴⁸³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 406.

⁴⁸⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 153.

[...] a possibilidade de revisão e cancelamento das súmulas vinculantes assegura a dinâmica da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, permitindo-se rever suas concepções jurídicas acerca de determinado tema. Diante disso, elas estão em sintonia com o necessário equilíbrio que deve apresentar a jurisprudência constitucional, ao fornecer, de um lado, a necessária estabilidade, elemento imprescindível à segurança jurídica dos jurisdicionados, e, de outro, a abertura para sua modificação, essencial para evitar a estagnação da interpretação constitucional.⁴⁸⁵

Diante disso, sob estas perspectivas é possível verificar esta dimensão de ativismo judicial na atuação do Judiciário brasileiro, sobretudo do STF, seja pela superação de leis – em comparação dos sistemas de *civil law* e *common law* – através do controle de constitucionalidade, seja pela própria superação de precedentes – os quais, resta claro, vigoram como fonte no Direito brasileiro – pelas técnicas supra-apresentadas e pelo procedimento de revisão e cancelamento das súmulas vinculantes.

3.2.8. Ativismo Judicial e maximalismo

Esta dimensão do ativismo judicial está relacionada ao princípio da motivação ou da fundamentação que deve orientar as decisões judiciais. Todas as decisões emanadas do Poder Judiciário devem expor as razões ou os substratos jurídicos que levaram ao entendimento aplicado. Conforme Cretella Jr., “a fundamentação ou motivação das decisões judiciais é onde se encontram expostas as bases lógico-jurídicas do julgamento, as premissas claramente fixadas e o enquadramento dos fatos nos dispositivos legais pertinentes”.⁴⁸⁶

Além de atender à publicidade dos atos processuais e permitir o controle sobre o exercício da função jurisdicional, a motivação possui “função política [...] com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”.⁴⁸⁷ A motivação representa, nesse contexto, na visão de Piero Calamandrei, garantia de justiça, senão vejamos:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua

⁴⁸⁵ LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 149.

⁴⁸⁶ CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed., v. VII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

⁴⁸⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 68.

conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou.⁴⁸⁸

O princípio da motivação é exigência constitucional prevista no art. 93, IX, da CF/88. Porém, diante de sua imperiosa relevância no sistema processual vigente, ganhou trato específico no Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 11. Em comento ao dispositivo processual em questão, Artur Torres explica que:

[...] é possível afirmar que a atividade motivacional exigida possa ser compreendida, em suma, como a exigência de que o Estado-Juiz justifique o porquê adota, caso a caso, esta ou aquela postura de julgamento, explicitando, sempre de forma límpida, o raciocínio lógico desenvolvido e a racionalidade das decisões proferidas.

Fundamentar, na perspectiva do atual modelo de processo, representa ir além da mera enunciação formal dos ditames que devem regular o caso concreto. Trata-se, pois, da exigência que obriga o julgador a esmiuçar (atento ao princípio da concretude) como, quando, e porque optou por emanar esta ou aquela decisão. A partir de um jogo de palavras, não raro compreendido por todos, afigura-se plenamente possível afirmar que, atualmente, exige-se mais do que mera motivação, exige-se a motivação da motivação. Decisório insuficientemente ou não motivado representa ato jurídico nulo.⁴⁸⁹

A constitucionalização do Direito Processual foi formalmente positivada no Novo Código de Processo Civil, estabelecendo-se em sua disciplina inicial princípios constitucionais que formam o núcleo chamado de “normas fundamentais” aplicáveis ao processo, dentre as quais está o princípio da motivação.

Esta fundamentação não possui forma determinada, por isso, apresenta-se de maneiras variadas de acordo com o juiz que a formule. Em um extremo, “o juiz minimalista não diz mais do que o necessário para justificar as decisões bem como deixa, enquanto possível, questões sem decidir”.⁴⁹⁰ De outro norte, o juiz maximalista “procura decidir casos de um modo que estabeleça amplas regras para o futuro e também dá justificações teóricas ambiciosas para seus resultados”⁴⁹¹, não apenas jurídicas, mas também morais, sociais, filosóficas, políticas, científicas, econômicas, etc.

⁴⁸⁸ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 9. ed. São Paulo: Clássica Editora. p. 199.

⁴⁸⁹ TORRES, Artur. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. p. 31-32.

⁴⁹⁰ CAMPOS, 2014, p. 303.

⁴⁹¹ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court** *apud* CAMPOS, 2014, p. 303.

É esta segunda forma de agir jurisdicional que se enquadra na dimensão do ativismo judicial ora tratada, quando o julgador vai além da simples fundamentação da decisão no Direito posto, estabelecendo profundas, rebuscadas e amplas teorias na formulação do seu entendimento. Neste sentido, essa atuação maximizada do julgador é bem explicitada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Alguns juízes ativistas justificam suas decisões em formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para fundamentar o resultado das decisões concretas. Essas decisões são maximalistas no sentido de superar as questões teóricas e principiológicas do caso julgado para estabelecer amplas regras e princípios que dirigirão no futuro os resultados de outros casos também.⁴⁹²

A amplitude de tais decisões, além de restringir a ação futura dos legisladores, tem como consequência a limitação de atuação dos juízes de instâncias inferiores, retirando a possibilidade destes de conferir sua margem interpretativa sobre o caso concreto.

Sobretudo se fazer-se aplicar a “teoria da eficácia transcendente da motivação”, ou seja, pretender reconhecer efeito de coisa julgada *erga omnes* e eficácia vinculante não só ao dispositivo da decisão emanada do STF, mas também aos seus motivos determinantes, o que se discute no Direito brasileiro e é tema desenvolvido e sustentado, especialmente, por Gilmar Mendes, baseado no Direito alemão.⁴⁹³

A eficácia transcendente da motivação significa, segundo Luiz Guilherme Marinoni, conferir “eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que, embora especificamente distintas, tem grande semelhança com a já decidida e, por isto, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal ao decidir”.⁴⁹⁴

Assim sendo, todos os órgãos submetidos à eficácia vinculante das decisões do STF estão, com base nesta teoria, obrigados a seguir não só a decisão proferida, mas toda a fundamentação jurídica que a motivou. Neste sentido:

⁴⁹² CAMPOS, 2014, p. 172.

⁴⁹³ MENDES; BRANCO, 2016, p. 1377-1380.

⁴⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro.** In: *Marinoni*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cVsTts8l9isJ:www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Elabora%25C3%25A7%25C3%25A3o-dos-conceitos-de-ratio-decidendi.docx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 07/02/2017.

[...] com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.⁴⁹⁵

Da análise da postura adotada por alguns Ministros da corte constitucional, percebe-se uma tendência maximalista, que, apesar de muito contribuir juridicamente e, em tese, não deixar dúvidas acerca da razão de decidir, em nome da segurança jurídica, Virgílio Afonso da Silva demonstra preocupação ao constatar que extensas fundamentações trazem, muitas vezes, mais o desenvolvimento de opiniões, do que propriamente a motivação “clara, objetiva, institucional e, sempre que possível, única”.⁴⁹⁶ Constata-se o incômodo do autor com fundamentações amplas como forma de construir teses particulares e opinativas, e não a fim de refletir o entendimento institucional da corte acerca da matéria julgada.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos atribui tal problemática à atual falta de uma “liderança intelectual difusa na Corte [...] desde a aposentadoria de Moreira Alves”, o que evidencia um STF como um “conjunto de várias intelectualidades autônomas, cada qual decidindo sinceramente o que acredita ser o correto entendimento da Constituição, mas sem interconexão de ideias e conclusões”.⁴⁹⁷

As decisões maximalistas se dão, sobretudo, diante de casos que envolvem matérias que exorbitam da mera disciplina jurídica. Diante de áreas de conhecimento estranhas às habitualmente percorridas pelo Judiciário, nas quais os julgadores têm de adentrar em aspectos específicos e não antes apreciados, é que se identificam teses construídas ampliativamente.

Neste sentido, alguns exemplos já citados em outras dimensões apresentam decisões maximalistas. Assim, por exemplo, é a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello na ADPF nº 45/DF⁴⁹⁸, na qual este, antes de concluir pela extinção do feito sem resolução de mérito por perda do objeto, desenvolveu extenso voto calcado em teses e entendimentos doutrinários acerca dos direitos fundamentais sociais; do cunho prestacional de tais direitos; da responsabilidade do

⁴⁹⁵ MENDES; BRANCO, 2016, p. 1380.

⁴⁹⁶ SILVA, 2009, p. 211.

⁴⁹⁷ CAMPOS, 2014, p. 304.

⁴⁹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, DJ de 04/05/2004.

Estado perante a sociedade em relação a tais direitos; da judicialização da política e o enfrentamento do STF sobre esta seara; dos institutos do mínimo existencial e da reserva do possível.⁴⁹⁹

Tal fundamentação, posteriormente, foi utilizada pelo Min. Eros Grau em suas razões de decidir no RE nº 595.595 AgR/SC⁵⁰⁰ com *status* de precedente do Pleno em questão envolvendo o direito à educação, com efeito vinculante.

Outro exemplo de decisão maximalista se verifica no julgamento do, também já citado, RE 405.579/PR⁵⁰¹, que envolveu a discussão sobre estender ou não benefício fiscal para além dos expressamente beneficiados pela legislação tributária, decisão na qual o Min. Gilmar Mendes realizou, em seu voto, extensa justificação quanto à sentença aditiva que o mesmo defendeu, sob tese contrária ao juiz como legislador negativo, com base em teorização acerca do papel atual dos órgãos constitucionais e de como deve se afigurar a moderna jurisdição constitucional de forma a realizar os mandamentos, valores e fins previstos na Constituição. Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, nesta ampla exposição, Gilmar Mendes deu verdadeira “aula de jurisdição constitucional e de economia”.⁵⁰²

Por fim, insta referir o “caso da pesquisa com células-tronco embrionárias”, julgado, em controle concentrado, na ADI nº 3510/DF.⁵⁰³ Para chegar na análise das questões jurídico-constitucionais atinentes, mormente, ao direito à vida, à dignidade humana, ao direito à saúde, à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e aos “direitos infraconstitucionais do embrião pré-implante”, dentre outros, e, ao final, reconhecer a “legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e o constitucionalismo fraternal”, o órgão constitucional teve de percorrer caminhos extrajurídicos e analisar conceitos essencialmente científicos, como, por exemplo, para entender o que são células-tronco embrionárias e para determinar quando é que começa a vida humana e a partir de que momento incidem os direitos da personalidade, bem como enfrentar questões de ordem moral.⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ CAMPOS, 2014, p. 304.

⁵⁰⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 2ª Turma, RE 595.595, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 28/04/2009, DJ de 29/05/2009.

⁵⁰¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, RE 405.579/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 01/12/2010, DJ de 04/08/2011.

⁵⁰² CAMPOS, 2014, p. 305.

⁵⁰³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 29/05/2008, DJ de 28/05/2010.

⁵⁰⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 29/05/2008, DJ de 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?>

Pelo que se denota, a dimensão maximalista do ativismo judicial é claramente verificada na atuação do STF, representando, certamente, uma das grandes manifestações ativistas deste órgão.

3.2.9. Ativismo Judicial e partidarismo

Esta face do ativismo judicial, entende-se, afigura-se como a mais perigosa ao Estado Constitucional Democrático de Direito. Não há outra conduta mais reprovável, antidemocrática e ilegítima de um julgador do que exercer a função jurisdicional de forma a impor convicções ou ideologias político-partidárias.

Há que se reconhecer, no entanto, que os membros do Judiciário, antes de julgadores, são cidadãos e pessoas livres para pensar e formar suas ideias e convicções acerca de qualquer assunto, inclusive sobre política e partidos políticos. Mas no exercício da função jurisdicional estas convicções devem ser separadas do julgador, para não influenciar no seu entendimento, mesmo que seja uma questão de foro íntimo e, dificilmente, passível de verificação externa.

É, sobretudo, diante da maior aproximação da política ao Direito e da chamada judicialização da política⁵⁰⁵, conforme verificado no capítulo anterior, que as convicções diversas – sociais, econômicas, filosóficas, morais, religiosas, políticas – de um julgador podem ser melhor identificadas. Contudo, jamais pode se conceber a influência de partidos, agremiações ou quaisquer entidades sobre a formação de um entendimento jurisdicional.

Neste sentido, necessária a distinção entre agir político, quando o Judiciário enfrenta questões de cunho não jurídico e que, em tese, dizem respeito ao âmbito de atuação dos Poderes políticos do Estado⁵⁰⁶, o que, verificou-se, faz parte do cotidiano jurisdicional brasileiro; e agir político-partidário, situação na qual um membro do Judiciário se serviria de sua função jurisdicional para defender ou promover seus ideais partidários e beneficiar ou prejudicar pessoas por pertencerem a um ou outro partido político.

docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 07/02/2017.

⁵⁰⁵ ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil**. In: *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, v. 19, n. 40, p.195-209, jun/2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v19n40/14.pdf>>. p. 195. Acesso em: 11/02/2017.

⁵⁰⁶ CAMPOS, 2014, p. 240.

Nem mesmo no âmbito dos poderes político-representativos, nos quais os cargos são ocupados por pessoas que, por condição de elegibilidade, possuem uma opção partidária, pode se admitir qualquer influência ou atuação, discricionária ou vinculada, de forma a beneficiar ou prejudicar pessoa determinada com vistas a satisfazer interesses pessoais ou partidários, por medida de impessoalidade e moralidade, quem dirá no âmbito daquele Poder que representa a justiça, calcada na imparcialidade, e cujos membros são impedidos constitucionalmente de exercer política partidária, nos termos do art. 95, parágrafo único, inc. III, da CF/88.

Embora esteja a se analisar um tema delicado e que representa um verdadeiro “campo minado”, pela análise geral dos julgados da corte constitucional brasileira, felizmente, não se pode identificar, diretamente, nas condutas dos Ministros qualquer conotação político-partidária.

Mesmo assim, não raro, as decisões são postas em suspeição ou acusadas pela opinião pública de beneficiarem ou prejudicarem “este ou aquele lado”. O próprio autor tomado como referência para a análise das dimensões do ativismo judicial, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, condicionou a legitimidade da ação do STF e o seu enquadramento a esta dimensão do ativismo ao julgamento do “caso mensalão”, Ação Penal nº 470/MG⁵⁰⁷, já que sua obra fora escrita em meio a este. Neste sentido, afirmou Campos:

O caso “Mensalão” lançará o Supremo Tribunal Federal em um teste definitivo sobre sua inclusão ou não nesta dimensão odiosa, naturalmente ilegítima, de ativismo judicial: decidir fora do ou contra o Direito para avançar interesses particulares, não necessariamente legítimos, do partido político que governa o Brasil desde 2003 e é responsável pela nomeação de 9 de seus 12 ministros atuais: o Partido dos Trabalhadores.⁵⁰⁸

O processo de escolha e nomeação política dos Ministros do STF pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, dá ensejo a questionamentos acerca da imparcialidade dos mesmos diante do julgamento de representantes da classe política. Porém, em se analisando todo o julgamento da ação penal em questão, concordando-se ou não com seu resultado, não é possível identificar qualquer conduta imotivada ou que tenha sido tomada com viés partidário, pois absolutamente calcada em fundamentos jurídicos, o que, sem

⁵⁰⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2012, DJ de 22/04/2013.

⁵⁰⁸ CAMPOS, 2014, p. 173.

adentrar em seu mérito, é evidentemente comprovado pelas condenações aplicadas.⁵⁰⁹

Além deste, outro caso que envolve representantes da classe política ou que têm envolvimento com esta vem despertando maiores questionamentos e dúvidas acerca da atuação jurisdicional: “a lava-jato”, sobretudo em relação à atuação de um magistrado, o Juiz Federal Sérgio Moro. Porém, como o objeto da presente análise restringe-se ao agir do órgão constitucional, esta verificação somente poderá ser feita futuramente. Tem-se convicção ou, ao menos, espera-se, que o STF siga decidindo de maneira desvinculada e independente em relação a interesses políticos.

De qualquer forma, levando-se em conta o cenário político atual, sem precedentes quanto à criminalização institucionalizada e à quantidade de casos de escândalos de corrupção e crimes envolvendo partidos políticos, representantes eleitos e pessoas ligadas a estes, certamente esta dimensão, que ora não se verifica, estará constantemente sendo questionada e vigiada.

3.2.10. Ativismo Judicial e soberania judicial

Nenhum Poder é soberano. Soberano é o Estado, o qual detém suas funções essenciais atribuídas a diferentes instituições, que atuam de forma independente e harmônica entre si, com vistas a atingir os fins previstos na Constituição daquele que possui por fundamento a soberania.

A independência atribuída aos Poderes garante que todos exerçam sua função típica de maneira desvinculada e insubordinada frente aos demais, o que impede o exercício de soberania por qualquer deles, já que cada um deve respeitar a independência igualmente conferida aos demais. Segundo José Afonso da Silva, o atributo significa:

[...] (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2012, DJ de 22/04/2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 07/02/2017.

⁵¹⁰ SILVA, 2016, p. 112.

Já a harmonização entre os Poderes requer a inter-relação e a complementaridade entre as funções estatais, tanto no exercício de suas funções típicas quanto no de suas funções atípicas, e no respectivo controle que todos exercem sobre todos, mediante “normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”⁵¹¹, direcionadas aos mesmos fins constitucionalmente almejados.

Diante destes atributos conferidos igualmente às três funções estatais, nenhum Poder pode ter a pretensão de imperar ou fazer valer a sua vontade sobre os demais. O produto da atuação de cada um deve por todos ser respeitado, não havendo uma função que prevaleça sobre outra, até mesmo porque as funções estatais representam apenas partes de um todo, o todo estatal, este, sim, soberano.

Neste sentido, conceber uma dimensão de ativismo judicial sob o prisma de soberania judicial é aceitar que as decisões emanadas do Poder Judiciário e, especialmente, da corte constitucional, sejam “tão expansivas e ambiciosas que excluam (*adequação de ‘excluem’*) os poderes políticos do processo de construção dos significados constitucionais”⁵¹², o que vai absolutamente de encontro à separação das funções estatais e aos atributos supra tratados.

Diante disso, Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma, com razão, que “o exercício da soberania judicial é o exemplo mais extremado, aprioristicamente ilegítimo de ativismo judicial”⁵¹³, haja vista que viola diretamente princípio constitucional fundamental de organização estatal, e retira, em demasiado prestígio do Judiciário, a independência legislativa e executiva.

De forma alguma se poderia cogitar manifestação desta dimensão no agir do STF, mesmo que deste, no âmbito de sua atuação legítima e constitucionalmente conferida, sobretudo em sede de controle de constitucionalidade, possa decorrer a invalidação de atos legislativos e administrativos.

Haja vista esta conseqüente decorrência do agir jurisdicional, que acaba por alcançar, necessariamente, o âmbito de atuação dos demais Poderes, com o intuito de preservar a participação de todos no processo de construção constitucional e evitar, assim, a supremacia judicial, Campos sugere, como ideal, práticas decisórias

⁵¹¹ SILVA, 2016, p. 112.

⁵¹² CAMPOS, 2014, p. 173.

⁵¹³ CAMPOS, 2014, p. 173.

que ele verificou na jurisprudência da Suprema Corte do Canadá e da Corte Constitucional da África do Sul, no sentido de permitir a tomada de decisões ativistas, mas, diante destas, dando abertura aos demais Poderes para diálogo e contribuição.⁵¹⁴

Enfim, o Legislativo e o Executivo devem respeitar os provimentos jurisdicionais na mesma medida que o Judiciário deve observar e respeitar as leis e os atos administrativos regular e validamente elaborados, não podendo nenhum órgão jurisdicional, nem mesmo o de caráter constitucional supremo, praticar qualquer ingerência sobre estes atos, justamente por não deter soberania.

Exatamente por isso esta dimensão não é verificada na atuação da corte constitucional brasileira.

3.3. Conclusão do capítulo

Diante das dimensões do ativismo judicial supra-analisadas, e da verificação do enquadramento da atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal na maioria delas, conclui-se afirmando que este órgão constitucional possui feição proativa.

Neste sentido, o STF põe em uma “balança”, de um lado, a observância da atuação dos demais Poderes, de modo a não exceder de sua função tipicamente

⁵¹⁴ Como forma de minimizar a possibilidade de as cortes constitucionais exercerem a supremacia judicial, tem ganhado espaço a concepção de interpretação constitucional como um processo do qual devem participar todos os atores constitucionais. “Trata-se da proposta de diálogos institucionais, que tanto podem derivar dos desenhos institucionais (constituição, lei) como da própria postura decisória da Corte. O Canadá é bom exemplo da primeira hipótese, a África do Sul, exemplo festejado da segunda”. No caso do Canadá, diante da atuação ativista da Suprema Corte, por exemplo, ao declarar uma lei inconstitucional, dá-se início a um processo de diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, do qual a norma declarada inconstitucional emanou. Dessa forma, “em um primeiro momento, podemos ter decisões ativistas, em um segundo, respostas legislativas a essas decisões de forma que o processo legislativo resulte de uma dinâmica institucional bilateral, dialógica, e não unilateral”. No caso da África do Sul, a Corte Constitucional possui papel de ainda mais destaque na legitimação do projeto de transformação social desenvolvido pós-Apartheid, a fim de superar as graves injustiças e violações de direitos ocorridas no regime anterior. Nesse intuito, a Corte “por meio de modernas técnicas de decisão como as sentenças aditivas de princípio e a modulação temporal da eficácia das decisões, ‘impõe’ ao Legislativo o dever de legislar, seja para suprir lacunas inconstitucionais identificadas pela Corte, seja para aprimorar a legislação cujos defeitos são declarados contrários à Constituição. A Corte não resolve essas falhas de antemão, mas indica o caminho e dá tempo razoável para que o legislador o faça. Agindo assim, a Corte Constitucional, de modo proposital e responsável, funciona como ‘catalisador deliberativo’, promovendo a interação e o diálogo institucional, maximizando a qualidade democrática em ‘produzir boas decisões’”. Esta prática demonstra que o órgão constitucional pode ser ativista e, ainda assim, dialogar com os outros Poderes sobre temas moral e politicamente relevantes e controversos, como forma de assegurar “a melhor e mais legítima forma de realização dos valores constitucionais”. (CAMPOS, 2014, p. 137-148 e p. 173-174).

jurisdicional e, assim, não adentrar na esfera política atinente ao Executivo e ao Legislativo; e, de outro, sua função de guardião da Constituição, de seus preceitos, valores e fins, para a realização dos quais é legítimo, inclusive, sair do estrito âmbito de sua atuação, para alcançar outras esferas, sobretudo diante da constatação de omissão ou agir insuficiente das funções legiferante e administrativa.

Deste “balanço”, verifica-se tem preponderado a realização efetiva da ordem constitucional, mediante o agir intenso, amplo e ousado do STF, do que resulta a discussão acerca da legitimidade desta atuação, objeto do próximo e derradeiro capítulo.

CAPÍTULO IV – A DEFINIÇÃO DE UM POSICIONAMENTO ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL, A INTERPRETAÇÃO CRIATIVA E A PROATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Conforme concluído no capítulo anterior, o Judiciário brasileiro, mormente o Supremo Tribunal Federal, tem demonstrado, nas últimas décadas, através de alguns julgados de grande relevância e repercussão, seu caráter ativo e preocupado em fazer cumprir efetivamente os princípios, valores e fins constitucionais.

Neste intuito, o órgão constitucional acaba por adentrar em função que, em princípio e eminentemente, não é sua, mas que, se não realizadas por quem de direito, violam os preceitos do Estado Constitucional Democrático de Direito, sobre os quais o STF detém a guarda e a responsabilidade de se fazer cumprir.

Todavia, este agir amplo do STF tem gerado muita controvérsia entre a doutrina, a qual trava um debate acerca de ser legítima ou não esta atuação, bem como se esta se enquadra no conceito do chamado ativismo judicial.

Neste entendimento, de um lado, pode-se entender, como há os que assim entendem, que o Judiciário está agindo em violação à democracia e à separação das funções estatais, ou seja, encontra-se exercendo sua função acima dos limites constitucionalmente lhe atribuídos.

Em sentido contrário, também é possível afirmar que esta chamada atuação ativista serve exatamente como instrumento à democracia e à harmonização pretendida pela Constituição entre os Poderes estatais, bem como de mecanismo de satisfação dos fins almejados pelo Estado brasileiro quando não satisfeitos por sua via ordinária política. Neste sentido, está o Judiciário atuando no seu estrito poder-dever funcional.

Neste derradeiro capítulo, num primeiro momento, pretende-se verificar se a atuação do Poder Judiciário no Brasil, especialmente do órgão constitucional, nas últimas décadas, pode ser enquadrada no conceito de ativismo judicial, e se, assim sendo, esse ativismo seria exercido em benefício ou em violação à democracia e à separação dos Poderes, isto é, de acordo ou além dos limites constitucionalmente previstos para sua atuação.

A presente análise não se limita, contudo, a apresentar o referido debate. Mais do que isso, com base em noções, definições, opiniões e entendimentos

doutrinários, bem como na conduta adotada pelo STF nos casos práticos analisados no capítulo anterior, busca-se um agir jurisdicional ideal e legítimo, de modo que não permita ao Judiciário violar o sistema de separação das funções estatais, bem como não dê ao mesmo um caráter conservador e de mero aplicador do Direito posto, o que, diante da realidade social e política atual, não se pode conceber.

Da mesma forma, almeja-se analisar a noção conceitual, mesmo que ainda embrionária, de outro fenômeno que surge para tentar afastar o chamado ativismo judicial, no sentido de um agir afirmativo, mas dentro dos limites do sistema vigente e fundamentado estritamente na ordem jurídico-constitucional posta: a proatividade do Poder Judiciário. Segundo o entendimento que proclama a proatividade, esta seria um atributo do agir jurisdicional mais amplo, que se dá em decorrência da crescente judicialização da política e da vida, que, todavia, apresenta-se dentro do estrito âmbito de atuação do Judiciário, diferentemente do ativismo judicial, o qual seria entendido como um agir cuja amplitude o tornaria violador.

Portanto, o presente e conclusivo capítulo visa, primeiramente, analisar os dois lados do debate acerca do ativismo, trazendo alguns de seus fundamentos, notadamente atinentes ao regime democrático e à separação dos Poderes, do que pretende-se chegar a um posicionamento sobre o fenômeno. Posteriormente, buscar-se-á estabelecer uma atuação tida como necessária e ideal do Judiciário, calcada no interpretativismo criativo e evolutivo, de modo a alcançar os fins a que a jurisdição constitucional se destina. Por fim, intenta-se estabelecer um novo conceito, alternativo ao ativismo, que defende a ampliação das funções jurisdicionais, calcadas na interpretação, e de forma a fazer realizar os preceitos, valores e fins do Estado Constitucional Democrático de Direito.

4.1. Ativismo Judicial como instrumento de promoção da democracia e da harmonização das funções estatais: visões favoráveis acerca do ativismo

Tendo clara a noção e uma definição acerca do ativismo judicial, bem como atendo-se às dimensões em que esta se verifica diante da realidade da atuação hodierna do STF, insta apresentar um breve debate sobre entendimentos doutrinários, favoráveis e contrários, ambos com consideráveis fundamentos, sobre ser possível ou não admitir o agir ativista.

Vários são os aspectos tomados como objeto de análise para revelar esta tensão existente em torno da noção do ativismo. Dentre estes aspectos, destacam-se o olhar sobre a (i)legitimidade democrática do agir ativista bem como a (in)adequação desta atuação frente ao princípio da separação dos Poderes.

Parte-se, nesse sentido, de apresentar, primeiramente, o pensamento daqueles que proferem opiniões favoráveis ao ativismo judicial. Em relação a estes, verifica-se a influência do movimento neoconstitucionalista ou pós-positivista emanado no século XX, apontado como a antítese do positivismo, e alicerçado na valorização do sistema constitucional, no reconhecimento da força normativa da Constituição, na sobreposição dos direitos e garantias fundamentais, na expansão da jurisdição constitucional e na aplicação jurídica baseada na interpretação do texto da Constituição. Isso se comprova pela afirmação feita por Bruno Torrano de que o pós-positivismo é a expressão “mágica” ou explicativa do ativismo judicial.⁵¹⁵

Na visão neoconstitucionalista, “a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.⁵¹⁶

Para realizar estes fins, segundo esta concepção, a atuação jurisdicional deve intentar realizar “uma releitura da Constituição a partir de uma visão material (teoria material da Constituição) desapegada ao rigor formal do positivismo jurídico kelseniano e associada às novas tendências do neoconstitucionalismo”.⁵¹⁷

Dessa forma, o centro da proteção jurídico-constitucional no neoconstitucionalismo pós-positivista é a pessoa humana, constituindo seu fim maior a realização dos valores e da verdadeira essência constitucional fundamentada na dignidade. Todo o sistema, portanto, deve convergir para garantir esta proteção, a qual é calcada na obediência e realização dos direitos e garantias fundamentais. Assim, conseqüentemente, ganha maior força e evidência o(s) órgão(s) que tem(têm) por objetivo funcional garantir esta proteção.

⁵¹⁵ TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre Positivismo Jurídico e Pós-Positivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁵¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. v. 4. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012. p. 166.

⁵¹⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Decisão do Agravo nº 1414348, de relatoria do Ministro Castro Meira, Segunda Turma, publicado em 25/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%28%22CASTRO+MEIRA%22%29.min.&processo=1414348.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 01/02/2017.

Ao constituinte/legislador cabe a tarefa de positivizar a proteção fundamental a todos os indivíduos pertencentes ao Estado Constitucional de Direito, e ao Poder Executivo cabe a materialização e concretização de muitos direitos que compõem esta proteção, através de ações e políticas públicas.

O sistema de proteção da dignidade humana estaria fechado, sem a ação jurisdicional, se o texto constitucional fosse capaz de prever todas as disposições necessárias ao adimplemento desta proteção, e se o poder público tivesse vontade e capacidade de realizar todas as promessas constitucionais perante os indivíduos.

Como se sabe que isso é absolutamente inviável, tanto em relação ao Legislativo e, sobretudo, quanto ao Executivo, haja vista a dependência do fator financeiro para o implemento de tais direitos, ao menos em sua feição mínima existencial, o Poder Judiciário faz-se necessário para completar o sistema protetivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias que lhe decorrem. Neste sentido, em relação mais especificamente aos direitos sociais, tem-se que:

A eficácia dos direitos sociais pressupõe por um lado a implementação de políticas legislativas e políticas públicas que requerem investimento significativo de finanças por parte do Poder Executivo. Por outro lado, a concretização dos direitos sociais exige a alteração das funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação no sentido de possibilitar e fomentar a realização de projetos de mudança social.⁵¹⁸

O Poder Judiciário não possui ingerência imediata sobre os direitos sociais. A legitimidade do agir jurisdicional para garantir a satisfação de tais direitos surge a partir da inação ou ação insuficiente daqueles que deveriam fazê-lo. Nesse sentido, o Judiciário está apto a adotar uma função proativa e a ampliar seu campo de atuação sempre que a omissão dos demais Poderes acarretar na não previsão ou na não realização de direitos e garantias necessários à proteção da dignidade humana.

Neste aspecto surge a primeira problemática envolvendo o agir jurisdicional ativista que este estudo pretende analisar, a qual gira em torno do princípio da tripartição dos poderes, previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º. Neste primeiro momento, em que se dispõe a trazer o entendimento favorável ao agir ativista, para este lado doutrinário, o ativismo judicial

⁵¹⁸ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 182.

representa instrumento de harmonização do Poder Judiciário perante os demais poderes, já que preenche as lacunas deixadas por estes, conferindo a solidez e completude do sistema protetivo da dignidade humana.

Como já afirmado anteriormente, o poder é uno e tão somente do povo, legítimo titular dos interesses geridos pela representação política do Estado. A separação existente diz respeito apenas às funções estatais, atribuindo as três atividades básicas do Estado a diferentes órgãos de modo a evitar o monopólio de poder em mãos singulares e arbitrárias, e permitir, assim, um controle recíproco entre os mesmos (*checks and balances*), sempre visando atender estritamente os interesses da sociedade. Nesta seara, conforme afirma Daniel Silva Passos, não é propriamente a separação dos Poderes que garante a moderação do exercício dos poderes, mas sim o sistema de freios e contrapesos.⁵¹⁹

Levando-se em conta que, sob essa ótica, os três Poderes são elementos de um todo e de um só interesse, e considerando que a dignidade humana é fundamento que está acima de qualquer outra disposição, a proteção aos direitos fundamentais deve ser assegurada independentemente de quem seja o órgão ou Poder a fazê-lo, já que, no fim das contas, a garantia advirá do Estado, do todo. “Fato é que o sistema político-jurídico brasileiro requer, nos termos do artigo 2º da Constituição, os três poderes afinados entre si. Independentes e harmônicos. Portanto, se um dos três poderes não exerce o seu papel, compete aos outros suprir a sua falta”.⁵²⁰

Diante dessa concepção neoconstitucionalista, “não se pode querer que o Poder Judiciário fique omissos e inerte diante das repercussões sociais decorrentes da ausência dos Poderes Executivo e Legislativo”.⁵²¹ De modo a suprir a falta dos demais Poderes, visando a assegurar os direitos e garantias atinentes à dignidade humana, deve, assim, o Judiciário ampliar seu âmbito de atuação, o que não significa, sob o viés neoconstitucionalista, violação à separação, mas sim

⁵¹⁹ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵²⁰ MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 168.

⁵²¹ MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 163.

harmonização entre as funções estatais e garantia de completude do sistema jurídico-constitucional.

Ademais, contextualizando este enfoque à realidade brasileira, a CF/88 atribui ao STF a função precípua de guardião da Constituição, de modo que a não satisfação dos direitos de dignidade humana compreenderiam um desrespeito à norma constitucional, exigindo de seu protetor a ação necessária à manutenção da plenitude do sistema.

Assim, seguindo-se este entendimento e atrelando-o à noção do ativismo judicial como instrumento de harmonização entre os Poderes e de realização da dignidade humana, resulta a seguinte conclusão:

[...] o ativismo judicial acaba por ampliar a consciência de força dos Tribunais no controle dos demais poderes, via hermenêutica constitucional. Essa posição é legítima, na medida em que o sistema jurídico outorga ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição. [...]. Dessa forma decorre do princípio da proteção judicial efetiva (CR, 5º XXXV) que o Judiciário detém diversos instrumentos para a prática do ativismo judicial.⁵²²

Com base nessa concepção, o ativismo judicial seria um movimento de reação à eventual violação aos direitos constitucionalmente assegurados e, por este fim, considerado legítimo. Não por uma vontade deliberada do Judiciário, também “não é por razões ideológicas ou pressão popular. É porque a Constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu à corte poderes mais amplos”.⁵²³

Logo, há defensores, entre juristas e doutrinadores, da atuação jurisdicional ativista, segundo os quais este agir se dá em absoluta conformidade com o modelo constitucional vigente, não ferindo, dessa forma, a separação entre os Poderes, pelo contrário, promovendo a harmonização e o caráter de complementaridade entre as funções, de forma a garantir a realização dos fins constitucionais pela ação do todo estatal.

Outra problemática suscitada em relação ao ativismo está intimamente ligada ao regime democrático vigente, pelo qual o poder emana do povo, e é exercido por

⁵²² MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 164.

⁵²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **A calma é só aparente...** In: Revista Veja. Edição 2075, de 27/08/2008. p. 62. Disponível em: <<https://acervo.veja.abril.com.br/index.html#/edition/32405?page=60§ion=1>>. Acesso em: 23/07/2016.

representantes eleitos por este para representar seus interesses (art. 1º, parágrafo único, da CF). Em relação a este aspecto, a dúvida está na legitimidade do Poder Judiciário em enfrentar matérias de cunho não jurídico e em proferir decisões eminentemente políticas, não tendo os seus representantes sido escolhidos pelo povo para tanto.

Sob o ponto de vista dos defensores do ativismo judicial, o fato de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos pelo povo não retira sua condição de representante do interesse público e sua legitimidade para apreciar questões eminentemente sociais e políticas.

Nesse sentido, inicialmente, foi opção do constituinte estabelecer o ingresso na função jurisdicional por outro meio que não pela escolha política dos integrantes do povo, assim como foi opção do constituinte atribuir a guarda da Constituição ao STF. Isso, por si só, confere legitimidade ao Judiciário para promover a defesa da ordem jurídico-constitucional e a obediência a seus fins e preceitos.

Ademais, o ingresso na função jurisdicional se dá através de um processo de seleção absolutamente democrático e acessível a qualquer pessoa do povo que se disponha a preencher determinados requisitos constitucionais para ingresso na carreira jurisdicional. O simples fato de qualquer pessoa do povo poder, em preenchendo os referidos requisitos, ocupar um cargo com função jurisdicional é suficiente para conferir legitimidade democrática e representativa dos interesses da sociedade.

Não bastasse isso, o Estado-Juiz tem como função a garantia da efetivação dos direitos fundamentais bem como a aplicação da lei de uma forma geral, em tese, sem qualquer vínculo ou interesse político. Isso quer dizer que, no exercício da função jurisdicional, o julgador deve representar o interesse que melhor se adéque aos anseios e necessidades sociais baseado estritamente na ordem jurídico-constitucional, não atuando, em princípio, em nome de um partido ou de uma instituição, como no caso dos representantes dos Poderes políticos que, como condição de elegibilidade, devem possuir vínculo com uma agremiação. Essa desvinculação a uma sigla político-partidária confere ao julgador a autonomia necessária aos fins democráticos.

Ao encontro disso, Fábio Konder Comparato faz importante sustentação em relação à legitimidade democrática do Judiciário:

Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui.⁵²⁴

Ronald Dworkin, em sua análise acerca da democracia, estabelece que, em uma democracia constitucional, necessariamente devem estar presentes duas dimensões: a da “política” e a dos “princípios”. Naquela, os membros da comunidade decidem em conjunto questões que dizem respeito a seu interesse coletivo; nesta, cujo foco é a proteção dos direitos individuais das pessoas, estes direitos servem como trunfos contra decisões de política. O local eminente de proteção destes direitos é o Judiciário, especialmente, o tribunal constitucional.⁵²⁵

Indo um pouco além, Dworkin refere que o surgimento do ativismo judicial se deve exatamente a uma transformação por que passa a democracia. Nesse sentido:

A irrupção do *ativismo jurídico* só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia.⁵²⁶

A referida transformação da democracia diz respeito exatamente em conferir legitimidade democrática à maior abrangência de atuação dos juízes, como forma de satisfazer interesses e necessidades sociais e políticas que, outrora, cabiam tão somente aos Poderes políticos do Estado fazer, e que, porém, restavam inaplicados ou insatisfeitos diante da demora legislativa, da omissão ou da ação insuficiente dos referidos Poderes.

⁵²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. In: *Scielo*. Estudos Avançados, v. 18, n. 51, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200008>. Acesso em: 07/01/2017.

⁵²⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵²⁶ DWORKIN, 1999, p. 09.

Foram, portanto, as falhas legislativas e executivas e o enfraquecimento do sistema representativo que desencadearam este processo de transformação da democracia, restando o Judiciário como a alternativa à manutenção dos fins constitucionais e dos ideais democráticos, senão vejamos:

Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos.⁵²⁷

Nesse mesmo sentido, segundo Ackerman, “a Suprema Corte, no seu exercício interpretativo, torna-se um aspecto fundamental de empreendimento da soberania popular voltada para o futuro”.⁵²⁸ Quer dizer que, pelo exercício da função jurisdicional, que compreende a guarda e a realização dos direitos e garantias da dignidade humana, o Judiciário manifesta a vontade do titular soberano do poder estatal. Nada mais democrático.

Destarte, a alegação de que a influência política decorrente das decisões judiciais enfraqueceria a democracia por não representar o poder emanado do povo, segundo este entendimento, não merece ser acolhida, haja vista que o juiz desempenha suas funções institucionais administrando a Justiça e buscando fazer justiça em nome do povo. Além disso, não há como se negar a legitimidade e importância da Corte Constitucional na efetividade de proteção social das pessoas mais vulneráveis, muitas vezes esquecidas pelo Poder Público.

Por fim, outra manifestação da democracia trazida pelos defensores da atuação política do Judiciário é o fato de esta atividade estar sujeita a controle, popular e, até mesmo, político, não sendo ilimitada, o que requer da jurisdição seriedade, motivação, respeito aos limites e vinculação aos fins almejados pelo sistema jurídico-constitucional. Assim, “não há enfraquecimento da democracia. Os atos dos ministros do Supremo podem ser alvo de controle, até mesmo político, como é o caso de *impeachment*. Não estamos falando de soberanos”.⁵²⁹

⁵²⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: *Revista Direito GV*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. v. 4, n. 2, 2008. p. 443.

⁵²⁸ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: Fundamentos do Direito Constitucional. Mauro Raposo de Mello (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 369.

⁵²⁹ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do STF**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 225.

Eduardo Appio contextualiza os dois fundamentos ora tratados – democracia e separação dos Poderes – na análise da ampliada atuação jurisdicional frente à implementação de políticas públicas, legitimando o agir jurisdicional no controle dos atos dos demais Poderes em relação à Constituição, senão vejamos:

Ao atuar em sede de controle de políticas públicas, o Poder Judiciário assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em face da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito normativo, seja no administrativo, de forma a assegurar uma ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam todos os cidadãos.⁵³⁰

Além dos aspectos relacionados à separação das funções estatais e à democracia, outras controvérsias existem em razão da ampliação do âmbito de atuação do Poder Judiciário, como o alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o surgimento de uma espécie de “politização” da Justiça, e a capacidade institucional do Judiciário e seus limites.⁵³¹

Todavia, esta análise limita-se àqueles, pois suficientes para denotar que os fundamentos levantados pelos defensores do ativismo são respeitáveis e merecem atenção, embora haja entendimento contrário maciço e, de igual forma, bem fundamentado, o que se verificará a seguir.

4.2. A definição do Ativismo Judicial como um fenômeno violador do sistema constitucional: entendimentos e visões contrários ao Ativismo

Deve-se atentar, inicialmente, para parcela da doutrina que se debruça em estudar o ativismo judicial, segundo a qual a simples utilização da expressão “ativismo judicial” já remete a um agir violador e proibido, a exemplo de Elival da Silva Ramos. Assim, sem adentrar propriamente na análise da atuação jurisdicional na prática, se esta for enquadrada como manifestação do ativismo, restará considerada inadequada, proibida, refutada, independente do resultado a que se chega com o agir ativista.

⁵³⁰ APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 68.

⁵³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30/12/2015.

Neste sentido, consoante o citado jurista, “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até, mesmo, da função de governo”.⁵³²

Sob este enfoque, uma vez enquadrada a atuação jurisdicional como ativista, não se quer saber, num primeiro momento, se a conduta do Judiciário visou realizar direitos fundamentais ou minimizar situações de inconstitucionalidade, por exemplo, já se descarta de pronto o agir por entendê-lo violador.

À vista disso, entende-se que não é adequado taxar o ativismo judicial como algo legítimo ou ilegítimo, nem classificar como bom ou ruim, ou como necessário ou desnecessário, de forma liminar, sem analisar o agir jurisdicional concretamente, a exemplo do que se buscou realizar no capítulo anterior quando do estudo das dimensões ativistas do STF. Até pela dificuldade já manifestada anteriormente de se estabelecer uma definição consolidada do fenômeno, mostra-se impossível taxar como algo positivo ou negativo sem adentrar nos fundamentos ensejadores da atuação ampla.

Entendimentos à parte, constata-se que todos os doutrinadores críticos do ativismo nos quais se baseou este trabalho, sem exceção, não questionam a necessidade de um agir mais amplo e proativo por parte dos órgãos jurisdicionais, diante da realidade social, política, econômica e jurídico-constitucional vigente. Assim, dentre os críticos do ativismo não se encontram defensores do agir jurisdicional passivista, porém, este agir mais amplo, segundo tais críticos, para ser considerado legítimo, não pode ser enquadrado como “ativismo judicial”. Nesse sentido:

Não há o que se confundir, portanto, judicialização com ativismo, sendo esse último incompatível com o Estado Constitucional, pois, ao fim e ao cabo, autoriza o Poder Judiciário a decidir discricionariamente, tornado a decisão incontrolável segundo um padrão estabelecido antecipadamente, o que, no máximo, pode deixar margem a críticas, mas não pode ser considerado desobediente (OLIVEIRA, 2008, p.28). Se não há padrão de controlabilidade, abre-se espaço para decisionismos e arbitrariedades, o que, decerto, não está sintonizado com a jurisdição constitucional.⁵³³

⁵³² RAMOS, 2015, p. 119.

⁵³³ VALE, Luis Manoel Borges do; SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Sobre Ativismos e Discricionariiedades:** STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado no XXV Encontro Nacional do Conpedi em Brasília – DF, 2016. p. 392.

Como se vê, mesmo os críticos do ativismo judicial, por mais ferrenhos que sejam, a exemplo de Elival da Silva Ramos, admitem a necessidade de um Judiciário não conservador, mas sim proativo, com função interpretativa ampla e de forma a abarcar aspectos outros que não só jurídicos, sob pena de não realizar sua função típica de maneira satisfatória e de forma a atingir os fins a que se destina.

Todavia, tais críticos analisados, sem exceção, estabelecem uma clara diferenciação entre um agir jurisdicional ativista e o ativismo judicial. Parece ser exatamente a confusão havida entre estes conceitos que acaba por gerar a infundável controvérsia acerca da admissão ou não do ativismo.

Neste sentido, ao se filiar no entendimento que rejeita o ativismo, este possui como definição a atuação jurisdicional invasiva em relação ao âmbito de atuação dos demais Poderes, ou seja, a atuação jurisdicional excessiva, que ultrapassa os limites funcionais do Judiciário, de forma a interferir diretamente nas funções típicas legislativa e executiva.

A exemplo de Elival da Silva Ramos, também Carlos Ayres Britto se manifesta contrariamente ao fenômeno por adotar a noção que seu próprio conceito é violador, tratando-se de “antijurídica investidura do julgador na função de fonte das próprias leis”.⁵³⁴ Da mesma forma, Lenio Streck é ferrenho crítico do ativismo, chegando a afirmar que este ocorre quando se verificam “desvios institucionais praticados pelo Poder Judiciário”.⁵³⁵

Neste sentido, Dworkin, um dos mais influentes representantes do pensamento moralista, nega que suas concepções de Direito como integridade e de atuação jurisdicional conduzem ao ativismo judicial, haja vista que:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à

⁵³⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. In: Estadão. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-1693122>>. Acesso em: 07/12/2015.

⁵³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão**. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Instituto Brasiliense de Direito Público. Ano 6, v. 1, mai./2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/856/595>>. Acesso em: 28/04/2017.

prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política [...]. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras.⁵³⁶

O ativismo, assim, atrelado à teoria da decisão judicial, é compreendido como desobediente aos limites impostos pela Constituição, pelas normas jurídicas, pelo Direito como um todo e pelo contexto histórico, social, político e econômico. Ou seja, o ativismo foge àquilo que deve servir como baliza da atuação jurisdicional.

Tal definição é diferente da que exige um Judiciário de atuação proativa, intensa, ampla, que exige, diante da averiguação do caso concreto, a análise e interpretação de toda a ordem jurídico-constitucional e toda a carga material, principiológica e valorativa da norma interpretada a incidirem sobre o caso apreciado, considerando-se, inclusive, aspectos de outras naturezas – sociais, políticas, econômicas – sempre que houver a inação ou a insuficiência de ação dos demais Poderes, com vistas a satisfazer os fins pretendidos pela Constituição.

Essa diferenciação, uma vez estabelecida, entende-se, desmantela qualquer controvérsia, já que o agir proativo se apresenta necessário, mas o ativismo, segundo seus críticos, traz em seu conceito o caráter violador, violação esta que não pode ser concebida em um Estado Democrático de Direito.

Para exemplificar o que ora se afirma, “os trabalhos mais recentes tendem a definir ativismo judicial como a invalidação de atos legislativos pelo judiciário. Contudo, [...] se a Corte invalida uma norma claramente inconstitucional, isso não pode ser considerado ativismo judicial, pois trata-se de mera atividade de controle de constitucionalidade”.⁵³⁷

Portanto, uma coisa é agir ativamente de forma a abarcar toda a possibilidade de atuação dentro da função que se desempenha, mesmo que tal atuação surta reflexos em relação a outros órgãos e Poderes, e outra coisa é adentrar a função alheia e exercê-la em meio a sua função. Neste entendimento, “o ativismo se refere à apreciação da questão submetida ao tribunal, com anulação ou substituição do ato

⁵³⁶ DWORKIN, 1999, p. 451-452.

⁵³⁷ KMIEC, Keenan D. *apud* OLIVEIRA, Tassiana Moura de; AZEVÊDO, Ana Paula da Silva. **O Poder Judiciário, a Constituição e os Direitos Fundamentais:** Ativismo Judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes. Artigo publicado no XXIV Encontro Nacional do Conpedi em Aracaju – SE, 2015. p. 479.

da outra instância de poder ou com determinação de obrigações para seus agentes”.⁵³⁸

Sob esta perspectiva, pode-se identificar que, em verdade, não há maiores questionamentos acerca da necessidade de se atribuir ao Judiciário maior e mais amplo poder. Em maior ou menor medida, a doutrina como um todo reconhece que o desenho político hodierno requer uma ação jurisdicional mais criativa e proativa, como necessária à realização dos fins constitucionais. O que se faz necessário é deixar de enquadrar esta noção como sendo ativismo judicial, entendida, aqui, como a ação violadora do sistema vigente.

Estabelecida esta separação entre o agir ativista – necessário, legítimo, desejável – e o ativismo judicial – violador, desconforme, ilegítimo –, passa-se a elencar e transcrever alguns autores e seus pensamentos acerca do ativismo judicial, do que restará a definição de que o ativismo, diferentemente do agir proativo, é fenômeno que deve ser evitado para o bem, sobretudo, da independência e harmonização da separação dos Poderes e dos ideais democráticos.

Neste sentido, relacionando o ativismo judicial a estes dois valores constitucionais – separação das funções estatais e democracia –, tem-se que:

[...] diversos autores vieram a se preocupar com o grau de legitimidade democrática do Judiciário no que tange à concentração de competências decisórias ante os demais Poderes, tendo sido empregadas denominações como o *Judiciário como Superego da Sociedade*, a figura do chamado *Juiz Herói* ou mesmo a tradicional expressão *Governo dos Juizes*. A doutrina reconhece, inclusive, que a prática do ativismo judicial gera uma desconsideração da separação de poderes, pelo fato de o Judiciário substituir o Legislativo.⁵³⁹

A questão democrática pode, num primeiro momento, apresentar um paradoxo. Isso porque, como visto, a ascensão jurisdicional havida nas últimas décadas decorre da crescente judicialização dos conflitos, que tem como causa primeira a redemocratização do País materializada na CF/88. Na análise deste paradoxo, cabe a observação feita por Jorge Octávio Lavocat Galvão:

⁵³⁸ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política: Ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 211-212.

⁵³⁹ CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 106-107.

Relativamente ao Brasil, no começo de sua experiência democrática, uma Corte Constitucional com amplos poderes fazia-se necessária para fortalecer o compromisso com os direitos fundamentais e aniquilar os espectros da ditadura. Vinte anos depois, entretanto, a população depara-se com a possibilidade de ter restringida sua participação na tomada de decisões político-sociais.⁵⁴⁰

É nesta suposta restrição à participação popular na tomada de decisões que se apresenta a alegada tensão existente entre o ativismo judicial e a democracia, a qual se observa quando o órgão constitucional e demais órgãos jurisdicionais assumem a função de interpretação e, até mesmo, de construção de significado das disposições de conteúdo aberto, sobre os quais repousam questões fundamentais da sociedade.

A indefinição e amplitude de alguns termos, institutos e conceitos leva à interpretação jurisdicional, a qual pode variar entre os diversos órgãos jurisdicionais e, inclusive, não conformar a vontade e opinião da sociedade que será diretamente atingida pela decisão, sobretudo em se tratando de questões de moralidade política. A manifestação do Judiciário sobre estas questões, decorrente do alargamento do exercício da função jurisdicional e que afetam diretamente os interesses da população, é objeto de questionamentos acerca da legitimidade democrática da atuação sempre que não corresponder à vontade popular e pelo fato de o Judiciário não fazer parte da representação decorrente de escolha popular. Neste sentido:

Os juízes discordam sobre interpretação judicial na mesma proporção em que as pessoas comuns discordam sobre a moralidade coletiva. Os termos vagos em que as Cartas Constitucionais não fornecem nenhuma resposta para os casos constitucionais difíceis, como aborto, eutanásia, pesquisa com células-tronco e ações afirmativas. A única certeza é que a população vai ser diretamente afetada por alguma concepção particular de direito acolhida pela maioria dos membros da Suprema Corte. Nessas questões de moralidade política, não há nenhuma garantia que o ponto de vista adotado pelos juízes seja superior ao dos outros membros da sociedade.⁵⁴¹

⁵⁴⁰ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional:** Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia:* Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 391.

⁵⁴¹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional:** Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia:* Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 382-383.

Como visto no capítulo anterior, a atuação do Supremo Tribunal Federal, assim como das Cortes Constitucionais em geral, tem demonstrado que as decisões sobre estas questões de difícil resolução, de ordem política e moral, que atingem diretamente a sociedade, dão-se fora do debate político democrático da seara parlamentar, ou seja, sem a participação dos representantes políticos eleitos para manifestar a vontade popular, o que levou a doutrina a denominar esta atuação de “supremocracia”⁵⁴², em alusão às decisões do STF em sobreposição à representação democrática.

Quanto a isso, Daniel Sarmento refere que não é possível “amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação de normas constitucionais, sobretudo diante da constatação que o grande ‘agente’ desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente perante o povo”.⁵⁴³

De qualquer forma, não se pode negar que todas estas questões envolvem conteúdos de ordem constitucional e, portanto, da competência material do STF. O que gera a problemática é a linha tênue entre a constitucionalidade dos direitos envolvidos na atuação ativa e o exercício da função nos limites desta competência, que também é matéria constitucional, no sentido de obedecer ou transbordar este limite, neste caso colocando-se como legislador, o que representaria o ativismo judicial.

Neste conflito, o amplo grau de indeterminação de alguns parâmetros previstos na Constituição acabaria por levar a atuação jurisdicional mais ao campo da normatividade, da discricionariedade e das escolhas políticas do que propriamente a uma atividade de controle da constitucionalidade e garantia de realização de seus preceitos.

Por esta razão, além de atacar a democracia, o ativismo judicial atentaria contra a separação das funções estatais, o que resta plenamente compreensível haja vista o todo apresentado até aqui. Neste sentido, à medida que foi adotado o entendimento acerca do ativismo judicial como sendo o agir jurisdicional que exacerba os limites de competência do Judiciário, de forma a interferir no âmbito de

⁵⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: *Revista Direito GV*, vol.4, n.2, pp. 441-463, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322008000200005#ntb>. Acesso em: 22/06/2016.

⁵⁴³ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional**: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 191.

atuação dos demais Poderes, a alegada violação ao princípio da tripartição prescinde de maiores explicações.

De qualquer forma, como se sabe, as funções estatais de legislar, administrar e jurisdicionar foram atribuídas a diferentes, independentes e harmônicos Poderes. No exercício destas funções, todos os Poderes se inter-relacionam e se controlam mutuamente, num sistema de freios e contrapesos, visando, segundo expressão utilizada por Celso de Mello, impedir o surgimento de “instâncias hegemônicas”⁵⁴⁴, capazes de impor riscos ao Estado Democrático de Direito.

A sistemática da separação foi concebida visando criar uma harmonização entre as funções de modo a possibilitar o controle e a complementaridade entre as mesmas, sempre com fins a confortar o interesse maior do povo, mas sempre atendendo os limites funcionais das respectivas funções. Dessa forma, “a observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados”.⁵⁴⁵

Todavia, essa harmonização, segundo os críticos do ativismo, tem passado a uma violação à medida que a atuação jurisdicional tem adentrado o âmbito de atuação dos demais Poderes e sobre estes impondo reflexos.

O ativismo é comumente caracterizado pela doutrina como o agir jurisdicional que adentra a esfera legislativa, isto é, jurisdição que atua como função legiferante, que inova a ordem jurídica, ou, em outras palavras, é o Judiciário fazendo lei. Com base no entendimento kelseniano⁵⁴⁶, a referida atuação põe o Judiciário ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis dos Poderes Legislativo ou Executivo; ora como legislador positivo, diante da interpretação de normas e princípios e da atribuição de juízos de valor acerca dos mesmos.

Todavia, além de inovar normativamente, tal atuação tem acarretado reflexos importantes sobre as políticas públicas promovidas no âmbito do Poder Executivo, especialmente no que se refere à efetivação de direitos sociais. Neste diapasão, Barroso refere, ao citar como exemplo o caso dos julgamentos sobre questões de medicamentos, que:

⁵⁴⁴ A expressão é do Ministro Celso de Mello. V. STF, Diário da Justiça da União, 12 maio 2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

⁵⁴⁵ RAMOS, 2015, p. 119.

⁵⁴⁶ KELSEN, 1974, p. 492.

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.⁵⁴⁷

Dessa forma, o agir jurisdicional ativista importa, segundo importante parcela da doutrina, em violação à sistemática da tripartição, conferindo elevado grau de poder à atuação jurisdicional em detrimento das demais funções de Estado.

A resolução deste impasse, mesmo que muitas vezes seja difícil de encontrar o exato limite na prática, está em definir se existe suporte jurídico-constitucional sobre o qual o Judiciário pode basear sua análise, ponderação e decisão em relação a questão que, apesar de eminentemente política, importa em aferição de questões jurídico-constitucionais. Se existe, entende-se como conduta legítima e proativa, não representando ativismo; se o suporte existente, por outro lado, não for suficiente a um provimento jurisdicional, há o avanço à atuação política e, portanto, invasivo, configurando ativismo.

Por fim, outro argumento contundente que põe um olhar negativo sobre o ativismo judicial, em se tratando especialmente de questões que envolvem políticas públicas e a realização de direitos fundamentais, é a incapacidade do Poder Judiciário visualizar o impacto financeiro do provimento jurisdicional, ou seja, a imprevisibilidade jurisdicional dos efeitos econômicos suportados pelo Estado no cumprimento a uma decisão judicial, muitas vezes inviável no plano político-governamental.

Neste aspecto, a gestão financeira estatal é algo que atine única e exclusivamente ao Poder Executivo, e nisso não poderia o Judiciário, através de sua ação funcional, interferir, sobretudo, diante da visualização de que a determinação judicial, por resultar em consideráveis impactos econômicos, pode impor ao Poder Público a alteração de sua política governamental, no sentido de que terá de dar prioridade à implementação do mandado judicial em detrimento de uma eventual escolha política discricionária.

⁵⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30/12/2015.

Como exemplo, faz-se referência à análise já realizada, em relação à decisão judicial do STF⁵⁴⁸, que impôs ao Poder Público a realização de obras e construções em presídios, com vistas a garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos presos.

Contextualizando a argumentação acima, tal decisão, embora tenha buscado a efetivação de direitos constitucionalmente previstos, matéria de competência da Suprema Corte, além de causar impacto nas finanças públicas, interfere nas opções discricionárias governamentais, haja vista que poderia ser prioridade do governo, por exemplo, priorizar investimentos na educação (construção e aparelhamento de escolas, valorização de professores e profissionais da educação, etc.) como prevenção ao crime, do que aplicar recursos na repressão.

Esses são os principais argumentos ensejadores do entendimento contrário ao ativismo judicial. Adverte-se, contudo, uma vez mais, a necessidade, diante da verificação de visões favoráveis e contrárias à atuação jurisdicional contemporânea, de se estabelecer a diferenciação entre agir ativista e ativismo judicial.

4.3. Ativismo Judicial e Passivismo ou Autocontenção Judicial

À via contrária ao ativismo atribui-se a denominação de autocontenção ou passivismo judicial. Se, de um lado, o ativismo representa um agir mais amplo e intenso do Poder Judiciário, com ingerência no âmbito de atuação dos outros Poderes, de outro, a autocontenção representa um agir passivo e restrito dos órgãos jurisdicionais, que se contêm em serem meros aplicadores das decisões políticas advindas do Executivo e do Legislativo.

Contextualizando ambos os institutos à doutrina jurídica, temos que “se o positivismo clássico nos remete ao passivismo, o pragmatismo e o moralismo jurídico, necessariamente, desembocam em ativismo judiciário”.⁵⁴⁹ Pertinente a correlação elaborada, haja vista que o agir passivista está adstrito à aplicação legislativa, logo, manifestação positivista; e a atuação ativista, por outro lado, dá-se

⁵⁴⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Decisão em Recurso Extraordinário nº 592581 com repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28592581%2ENUME%2E+OU+592581%2EACMS%2E%29%28Repercuss%E3o%2ETTES%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gw9lbs2>>. Acesso em: 10/08/2015.

⁵⁴⁹ RAMOS, 2015, p. 137.

em consonância, sobretudo, com o pragmatismo, o qual libera o julgador a proferir decisão de acordo com o contexto e as necessidades sociais.

O passivismo, portanto, representa a atuação jurisdicional estritamente vinculada à vontade do legislador e às opções políticas adotadas pelos representantes eleitos pela sociedade. Segundo Elival da Silva Ramos, o instituto, “guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados”.⁵⁵⁰ Ou seja, o passivismo prega um Poder Judiciário meramente aplicador da lei e reproduzidor de decisões anteriormente tomadas.

Sob essa ótica, a evolução da sociedade e das necessidades sociais somente pode ser acompanhada pela morosa atuação dos órgãos políticos e não pelos julgadores, os quais estão adstritos às decisões e opções por aqueles tomadas, o que impende afirmar que, diante de casos ainda não previstos pelo legislador, por exemplo, o julgador está impedido de atuar até o pronunciamento do órgão que detém competência para dizer o que deve ser aplicado sobre o caso concreto. Neste sentido:

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.⁵⁵¹

De acordo com este entendimento, portanto, não há que se falar, por exemplo, em efetivação de políticas públicas na área da saúde por decisão judicial. Neste sentido, se não houver a implementação pelo Poder Executivo de medidas que confirmam às pessoas o acesso a medicamento ou a um tratamento médico de elevado valor, o direito social restará apenas previsto, porém não concretizado, sem possibilidade de buscar o órgão jurisdicional no intuito de compelir o órgão violador a satisfazer o direito.

Mas talvez a principal consequência decorrente da autocontenção jurisdicional, e que configura uma das principais diferenças em relação ao ativismo,

⁵⁵⁰ RAMOS, 2015, p. 112.

⁵⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10/01/2017. p. 7.

é que este “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”.⁵⁵²

Se, como afirmado no tópico anterior, o ativismo judicial, no Brasil, foi impulsionado com a promulgação da CF/88, o que se verificava anteriormente a esta e mesmo nos primeiros momentos de sua vigência era um agir eminentemente passivo, mormente de aplicação da ordem jurídica e reprodução da vontade política, sem margem a interpretações jurídicas mais abrangentes e a satisfação de direitos e garantias constitucionais não concretizados pelo Poder Público. Assim, “a Corte, primeiramente, tratou de restringir alguns de seus poderes decisórios bem como o acesso à sua jurisdição”.⁵⁵³

Em se analisando esta postura retraída do Judiciário na jurisprudência do STF, verifica-se que durante algum tempo após a promulgação da CF/88 o órgão possuiu caráter passivista. Por exemplo, quando do julgamento da Questão de Ordem 107/DF em Mandado de Injunção⁵⁵⁴, bem como do próprio Mandado de Injunção nº 232⁵⁵⁵, o STF limitou-se a reconhecer a lacuna normativa inconstitucional e a mora legislativa, comunicando a decisão ao órgão omitente, mas recusou-se a suprir diretamente a mesma, sob o entendimento de que o órgão não poderia atuar como legislador positivo.

O STF também atuou restritivamente diante de casos em que o Poder Executivo mostrou-se atuar de maneira excessivamente ampla, como no julgamento

⁵⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10/01/2017. p. 7.

⁵⁵³ CAMPOS, 2014, p. 241.

⁵⁵⁴ O referido Mandado de Injunção foi impetrado por José Emídio Teixeira Lima contra o Presidente da República pela omissão deste em dar iniciativa a projeto de lei para regulamentar o revogado § 9º do art. 42 da CF/88, o qual preceituava que “a lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade”, omissão a qual acarretaria a inviabilidade do exercício do direito de suspensão do licenciamento do serviço ativo do Exército por contar o impetrante com mais de 9 anos de serviço na condição de oficial R/2 do Exército brasileiro. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, MI-QO 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, DJ de 21/09/1990).

⁵⁵⁵ O referido Mandado de Injunção foi impetrado pelo Centro de Cultura Prof. Luiz Freire contra o Congresso Nacional, sob o fundamento de que o § 7º do art. 195 da CF/88 concedeu às entidades beneficentes de assistência social isenção de contribuição para a seguridade social, desde que estas atendessem às exigências estabelecidas em lei, direito o qual era inviolável de exercício pela falta desta norma regulamentadora. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 02/08/1991, DJ de 27/03/1992).

da ADI nº 162-MC⁵⁵⁶, em que a corte se absteve de analisar os pressupostos constitucionais ensejadores da edição de Medidas Provisórias, quais sejam, a relevância e a urgência. Quanto a este caso, “a jurisprudência inicial foi no sentido da quase incontornabilidade desses pressupostos, sendo admitido o controle apenas em casos de ‘excesso do poder de legislar’”.⁵⁵⁷

Todavia, este “típico e equivocado uso de virtudes passivas”⁵⁵⁸, com o passar dos anos de vigência da Constituição recém promulgada e a constante implementação de seus preceitos e fins, não mais se sustentava, e o STF viu a necessidade de mudar seu perfil, haja vista que o agir passivista não possibilitava ao Judiciário exercer efetiva e concretamente sua função típica, bem como permitia aos demais Poderes se excederem ou não exercerem adequadamente suas respectivas funções.

Neste sentido, em se analisando o contexto do Estado brasileiro vigente, se, de um lado, o ativismo é atitude por vezes condenável ou questionável, de outro norte, a autocontenção é atuação que não pode sequer ser cogitada, pelo bem da evolução social, da democracia e da observância e concretização dos direitos fundamentais. O exercício da jurisdição com certo controle sobre as decisões políticas e com vistas a suprir omissões ou insuficiências que ferem direitos constitucionalmente estabelecidos é necessário em um Estado Democrático de Direito. Não há maior violação à democracia e à ordem constitucional do que conceber um Judiciário passivo e omissivo.

Mesmo que se tratem de institutos que preceituam condutas jurisdicionais absolutamente opostas, nem mesmo os maiores críticos do ativismo judicial recebem com simpatia a ideia de um Judiciário passivo, pelo contrário, condenam a autocontenção no mesmo grau do agir ativista, senão vejamos:

O positivismo liberal e sua atrofiada teorização hermenêutica, ao propugnarem a primazia absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, reduzida à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos, eliminaram qualquer possibilidade de ativismo judicial. Todavia, deram ensejo a fenômeno de gravidade equiparável, qual seja, o *passivismo judiciário*.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 14/12/1989, DJ de 19/09/1997.

⁵⁵⁷ CAMPOS, 2014, p. 243.

⁵⁵⁸ CAMPOS, 2014, p. 242.

⁵⁵⁹ RAMOS, 2015, p. 132.

Ainda mais enfático em relação à negatividade de se considerar a adoção de um passivismo jurisdicional, Ronald Dworkin, em defesa da teoria substancialista quanto à forma de atuação jurisdicional na sociedade contemporânea, a qual invoca ao Judiciário a função de guardião da ordem constitucional⁵⁶⁰, manifesta a absoluta incompatibilidade desta forma de atuação com o modelo constitucional hodierno:

[...] O passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus fundamentos intelectuais tornam-se invariavelmente mais frágeis. Dever ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação da prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só a mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, os indivíduos não tem direitos contra as maiorias políticas – o que é estranho à nossa cultura constitucional – ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria idéia de direitos constitucionais, é a virtude constitucional mais importante. Se rejeitarmos essas idéias nada atraentes, rejeitaremos o passivismo.⁵⁶¹

Em verdade, não foi possível encontrar, em toda a doutrina pesquisada, referencial teórico que vislumbresse no agir passivista um ideal de atuação jurisdicional sob os modelos constitucionais contemporâneos, considerando que as normas constitucionais encerram valores substantivos, e frente a estes o Judiciário não pode se apresentar passivo.

Pensar em um Judiciário mero “boca da lei” é pensar em um Poder submisso às decisões políticas, sem a oportunidade de corrigir as inadequações legais e políticas e de fazer evoluir o Direito. Nada mais retrógrado, antidemocrático e violador das garantias e direitos fundamentais.

4.4. Em busca de um entendimento acerca do Ativismo Judicial

Haja vista toda a noção e definição acerca do ativismo judicial, a verificação de suas dimensões e em quais destas pode se enquadrar o agir do STF, bem como as opiniões favoráveis e contrárias em relação ao mesmo, chega-se à formação de um entendimento sobre o instituto e sobre ser ou não possível a adoção de uma conduta ativista pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica.

⁵⁶⁰ DWORKIN, 1999, p. 9.

⁵⁶¹ DWORKIN, 1999, p. 452.

Aqui, frisa-se, permitir-se-á uma análise e opinião pessoais, fundadas exclusivamente em todo o estudado para a elaboração do presente trabalho.

Inicialmente, pode-se concluir, a partir de todo o pesquisado, que o problema do ativismo judicial, antes de ser um problema acerca da atuação jurisdicional, a qual requer necessariamente um agir ativista, é um problema conceitual, da própria noção de ativismo. Isso se constata pelo simples fato de que nenhuma doutrina dentre as pesquisadas se negou a reconhecer que a realidade política e social exige um Judiciário atuante além das barreiras jurídicas, de forma a satisfazer os princípios, valores e fins constitucionais.

Embora haja discussão ferrenha acerca da medida desta atuação, não há nenhuma opinião, dentre as obras citadas, que sustente o passivismo judicial, isto é, que defenda um Judiciário “boca da lei”, apenas aplicador do Direito posto, estritamente positivista. A doutrina, em maior ou menor grau, com maior ou menor limitação da amplitude ativista, declara a justa e legítima intervenção jurisdicional nas esferas política, social, moral, econômica, etc.

A grande controvérsia verificada é quanto à noção que se atribui à terminologia ativismo judicial. É o conceito atribuído ao fenômeno que varia conforme a doutrina estudada. Neste sentido, “a expressão ‘ativismo judicial’ possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais”.⁵⁶²

A título exemplificativo, conforme os autores e entendimentos já citados, de um lado, Carlos Alexandre de Azevedo Campos vê no ativismo uma noção de agir legítimo, necessário, natural frente às necessidades sociais e políticas que se apresentam; de outro, Elival da Silva Ramos, antes de analisar qualquer situação ou caso prático, já atribui ao conceito de ativismo um caráter violador, proibido, de “disfunção”⁵⁶³ jurisdicional.

Talvez porque o primeiro trata-se de advogado e assessor de Ministro do STF⁵⁶⁴, e vê, tanto na atividade advocatícia, em que postula a efetivação de direitos fundamentais, quanto na atividade de assessoria no órgão constitucional, em que vê a necessidade de fazer implementar direitos insatisfeitos pelos demais Poderes, o caráter imprescindível do ativismo; já o segundo trata-se de Procurador do Estado

⁵⁶² RAMOS, 2015, p. 135.

⁵⁶³ RAMOS, 2015, p. 106.

⁵⁶⁴ CAMPOS, 2014.

de São Paulo⁵⁶⁵, agente político vinculado ao Poder Executivo e que tem como atribuição defender o ente federativo, os quais – Executivo e ente federativo – se defrontam com o Judiciário nas situações em que este tem de avançar sobre políticas públicas, por exemplo, enxergando, assim, o ativismo como algo negativo e violador.

Dessa forma, isso é um indício de que, a depender do interesse defendido ou da posição ou entendimento pessoal, a concepção acerca do instituto, mesmo que desvinculada de qualquer análise prática, poderá variar. Se o indivíduo possui uma forma de pensar progressista, com olhos para o fim, para o ganho social, independentemente do aspecto institucional, certamente se filiará ao ativismo; se, por outro lado, tiver um olhar conservador, voltado ao instrumental, a estruturas estanques e imodificáveis, condenará qualquer conduta ativista.

Neste sentido, sobre a expressão “ativismo judicial” orbitam variadas noções e entendimentos, que permitem concluir que a grande tensão acerca de sua noção não é, num primeiro momento, propriamente, da forma de atuação do Judiciário nos dias de hoje, se é ativista ou não ativista, mas sim do próprio conceito de ativismo judicial.

Ocorre que o ativismo judicial é um fenômeno que decorre do agir jurisdicional e apartado deste não pode ser analisado. É com base no agir prático verificado, exemplificativamente, quando do estudo das dimensões, no capítulo anterior, que se pode analisar o ativismo. Não se pode pretender, antes de averiguar a atuação jurisdicional na prática, afirmar ser o ativismo positivo ou negativo, certo ou errado, legítimo ou ilegítimo.

Realizando um juízo de valor, entende-se, deve ser realizado um sopesamento do que é que está em jogo diante da atuação jurisdicional ativista. Explica-se:

O STF foi consagrado pela CF/88 como guardião da Constituição e, assim, de todos os seus preceitos, princípios, valores e fins. É o órgão constitucional que, em última análise, confere a integridade do sistema constitucional. Nesse sentido, a função jurisdicional deve visar, de maneira ampla, a realização dos direitos e garantias fundamentais a todos indistintamente, a resolução dos conflitos levados à sua apreciação, o exercício do controle judicial sobre os atos dos demais Poderes e

⁵⁶⁵ RAMOS, 2015.

a evolução e atualização do Direito de forma a garantir sua modernização frente à evolução das necessidades e dos anseios sociais.

Diante dessas atribuições, a fim de se fazer realizar a ordem constitucional vigente, o STF precisa, se afigurar-se necessário, ampliar seu âmbito de atuação. Para tanto, o agir jurisdicional deve ser intenso, ousado, ativo e criativo, dada a amplitude e imprescindibilidade dos seus fins.

Evidentemente que, admite-se, não pode o Judiciário fazê-lo deliberada e ilimitadamente, pois isto restaria tão grave ou mais do que a omissão ou insuficiência de ação por parte dos demais Poderes. O balizador da atuação jurisdicional é a própria ordem jurídica vigente no Estado brasileiro, sobretudo a Constituição, à qual a função jurisdicional está adstrita.

Mas, ao mesmo tempo em que o Judiciário está limitado pela norma suprema, é exatamente esta que legitima um agir mais ousado e proativo dos órgãos jurisdicionais, pois é para fazer realizar seus preceitos que se afigura esta atuação. Neste sentido, se os demais Poderes realizassem efetiva e eficazmente suas respectivas funções, não haveria necessidade de ingerência do Judiciário para guardar e conferir aplicabilidade aos fins constitucionais.

Aqui, mais uma vez, refere-se à aproximação entre o Direito e a política. No que se refere à relação entre o jurídico e o político, diante da opção do constituinte de constitucionalizar matérias eminentemente políticas, optou-se, em decorrência, a submeter conteúdos desta natureza ao crivo legítimo do Judiciário, o que não representa, assim, violação. Neste sentido, “sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo, ou do Poder Judiciário, ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica”.⁵⁶⁶ Neste mesmo entendimento, Barroso refere que, ao se constitucionalizar uma questão, transforma-se política em Direito, já que quando “[...] uma questão é disciplinada em norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”.⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. 3. p. 525.

⁵⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30/12/2015.

Tomando-se como exemplo ações afirmativas e de políticas públicas, devidamente analisadas na prática quando da verificação destas dimensões, os direitos a serem assegurados em tais ações e políticas possuem base constitucional e, assim, mesmo que sejam objeto de escolhas e ações políticas, estão no âmbito de competência da corte constitucional, motivo pelo qual as decisões proferidas nestes casos não configuram ativismo judicial no sentido violador, nem afrontam a democracia e a separação dos Poderes, desde que não se pretenda contrariar a ordem jurídica posta, legítima e constitucionalmente, pelo legislador e os atos discricionários – discricionariedade atribuída pela lei – dos agentes públicos.

Assim, o próprio sistema jurídico-constitucional contemporâneo, fundado em um Estado Democrático de Direito, voltado à dignidade humana, requer um Judiciário intensamente ativo, criativo, atuante, ousado e de atuação abrangente, porém, claro, sempre embasado e balizado pela ordem constitucional vigente e no Direito como um todo, de forma a jamais praticar ingerência injustificada sobre a função típica dos demais Poderes.

O papel exercido pelo Judiciário hodiernamente, ativista sim, não tem o condão de violar a ordem constitucional, pelo contrário, visa exatamente fazer cumprir efetivamente esta ordem. Não tem o objetivo de ferir direitos fundamentais, pelo contrário, intenta fazer concretizar tais direitos. Não tem o fim de afrontar a separação dos Poderes, mas sim representar os direitos dos legítimos titulares do Poder. Não quer afrontar a democracia, pelo contrário, almeja afastar qualquer atitude arbitrária de não atenção aos direitos dos indivíduos. Neste aspecto:

O papel do Judiciário como intérprete maior da Constituição não supre, certamente, as regras do jogo democrático, nem visa suprimir as atribuições do Legislativo e do Executivo. Porém, uma jurisdição constitucional ativista, se exercida de forma séria e comprometida, não representa um risco para a democracia. Ao contrário, representa uma garantia de sua efetividade ao maximizar direitos sociais e concretizar fins constitucionais, verdadeiras condições de existência de um Estado Democrático.⁵⁶⁸

Em decorrência do exposto, questiona-se aos que atacam o agir jurisdicional progressista: não é mais violadora a omissão ou insuficiência ou incapacidade de ação dos Poderes políticos que importam na não satisfação de direitos de dignidade

⁵⁶⁸ LAU, Ana Isabella Bezerra. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais:** o Ativismo Judicial como voz da cidadania e consolidação da democracia. Artigo publicado no XXIV Encontro Nacional do Conpedi em Aracaju – SE, 2015. p. 48.

humana? Neste mesmo sentido, não seria mais violadora uma eventual atitude omissiva daquele que detém a função de guardião da Constituição frente a ofensas a direitos fundamentais levadas ao crivo jurisdicional?

De qualquer forma, enquanto se discute legitimidade ou ilegitimidade do ativismo judicial, por questão eminentemente institucional, a realidade demanda, cada vez mais, ação efetiva do Estado frente às graves violações a direitos e garantias fundamentais que se verificam nos dias atuais neste País, notadamente no que diz respeito à saúde, à educação, à segurança, à dignidade dos presos⁵⁶⁹, à afirmação de direitos das minorias, etc.

Se para assegurar estes direitos for necessária uma atuação ativa do Judiciário, defende-se ferozmente esta; se isto configura ativismo, defende-se tal fenômeno; se não configura, impende-se encontrar outra terminologia em que se enquadre este agir.

Neste sentido, atentando para àqueles que refutam o ativismo judicial, mas que, mesmo que em menor medida, admitem um Judiciário não passivo, buscar-se-á enquadrar o agir hodierno do Poder Judiciário brasileiro, especialmente do STF, primeiramente sem denominação e, após, apreciando uma nova terminologia que surge em alternativa ao ativismo, numa forma de agir tida como permitida, desejável e necessária, com vistas à satisfação dos fins almejados por esta função, dentro dos limites impostos e de acordo com o sistema jurídico-constitucional vigente.

4.5. Ativismo Judicial e Interpretação Criativa do Direito

Para se alcançar o objetivo do presente estudo, insta estabelecer a diferenciação, tênue na prática, mas possível na teoria e definitiva para chegar ao objetivo proposto, entre ativismo judicial e interpretação criativa do Direito. É essa diferenciação que permitirá a ascensão de um novo conceito legitimador da conduta

⁵⁶⁹ Em relação à dignidade dos presos, destaca-se recente decisão do STF no RE nº 580.252/MS, de manifesta repercussão, estabelecendo a responsabilidade do Estado em indenizar os presos submetidos a situação degradante e a superlotação na prisão “por força do desleixo dos órgãos e agentes públicos”. Segundo o STF, se pela falta, insuficiência, incapacidade ou incompetência da ação estatal um preso tiver sua dignidade violada, dada a sua proteção constitucional, o Estado deve ser responsabilizado por não garantir a realização deste fundamento, já que a integridade física e psíquica dos presos está sob sua custódia, por ser o gestor do sistema prisional no País. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, RE 580.252/MS, Rel. Teori Zavascki, julgado em 16/02/2017, DJ de 24/02/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25/02/2017).

do Poder Judiciário brasileiro, ativista sim, mas alternativo à terminologia “ativismo judicial”.

Inicialmente, necessário fixar que interpretar, segundo Cappelletti, significa “penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vista a compreendê-los e [...] reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, tempo e lugar”.⁵⁷⁰ Consoante a definição proposta, a interpretação compreende, além da aplicação e da reprodução do objeto da interpretação, também a criação do Direito com base neste. Interpretação, aplicação e criação são, neste sentido, conceitos que se inter-relacionam.

A criação, que compreende o processo interpretativo, decorre da criatividade subjetiva do intérprete, necessária, em certa medida, na atividade de interpretação. Deve-se, contudo, atentar para o fato de que a criação do Direito, nesse sentido, deve advir da interpretação do Direito posto; não se refere à disposição criativa do julgador sem embasamento jurídico, mas a criação que tem como base a interpretação de normas, princípios, valores e conteúdos jurídicos.

Buscando as raízes da teoria interpretativista, o que é necessário ao entendimento da análise aqui proposta, percebe-se uma correlação entre o interpretativismo e o passivismo. Neste sentido, segundo Ramos, “nos Estados Unidos da América o passivismo está radicado nas duas variantes do chamado *interpretativismo*: o *textualismo* e o *originalismo*”.⁵⁷¹ Pelo textualismo ou literalismo entende-se que toda interpretação constitucional deve considerar apenas e estritamente o texto da Constituição; já o originalismo configura “uma teoria de interpretação constitucional que toma o texto da Constituição tão autoritariamente como o faz o textualismo, mas os originalistas olham, além da mera linguagem textual, para o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto”.⁵⁷²

Neste mesmo sentido é o entendimento manifestado por Dworkin⁵⁷³, para o qual são passivistas todas as correntes interpretativistas, rotulando, assim, como

⁵⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993. p. 21.

⁵⁷¹ RAMOS, 2015, p. 132.

⁵⁷² Conclusões do seminário sobre interpretação constitucional realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Samford. COLE, Charles D. **Interpretação Constitucional: dois séculos de reflexão.** In: *Revista de Direito Público – RDP*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 90. ed: 21-49, abr./jun. 1989. p. 26.

⁵⁷³ DWORKIN, 1999, p. 451-452.

manifestação do passivismo tanto o textualismo como o originalismo, assim como as teorias não interpretativistas apegadas ao positivismo.

Todavia, na forma como tratado na doutrina e traduzido no ponto anterior, entende-se que o passivismo, hoje, adéqua-se ao conceito do interpretativismo sob o enfoque tão somente textualista, pois requer uma atividade jurisdicional limitada ao estrito alcance literal do texto constitucional e, de forma mais ampla, às normas jurídicas como um todo. Nenhuma contextualização com aspectos históricos, sociais, políticos, econômicos ou de qualquer natureza podem ser considerados, nenhuma interpretação mais ampla pode ser intentada, nenhum espírito da norma ou intenção do constituinte pode ser inserido na aplicação.

Por outro lado, outra variante do interpretativismo, o originalismo, que, em suas raízes, estava compreendido no sentido passivista, hoje não mais se pode considerar um movimento de autocontenção judicial. Pelo contrário, na interpretação criadora do Direito, pela qual se pugna na presente análise, o interpretativismo originalista deve pautar a atuação jurisdicional contemporânea, baseada no esgotamento da carga valorativa, material, principiológica, intencional do constituinte, mas sempre com base na norma, quando da incidência desta sobre casos concretos.

[...] como sucede no interpretativismo, o texto constitucional é tido pelo conceitualismo como um elemento vinculante do trabalho do intérprete, porém se reconhece a necessidade de certa criatividade exegética, dentro dos limites admitidos pela Constituição, a qual é exercida mediante a utilização combinada dos diversos métodos de interpretação. Em particular, a interpretação sistemático-teleológica propicia a evolução da jurisprudência constitucional e a adaptação do Texto Magno às exigências contemporâneas da sociedade.⁵⁷⁴

O limitador da criação interpretativa é a própria norma interpretada, porém não o seu texto, mas todo o seu contexto e os fins almejados pela norma. Não se pode limitar a interpretação do texto normativo a apenas reescrever o seu conteúdo. O texto é um limitador objetivo, o que não representa seguir estritamente a sua literalidade. Isso quer dizer que não se pode criar no sentido de inovar, inventar, contrariar, modificar o texto e o conteúdo propugnado por este, mas criar no sentido de retirar toda a carga material que do texto e do contexto pode se inferir é plenamente possível e desejável.

⁵⁷⁴ RAMOS, 2015, p. 134.

Acerca deste limitador objetivo da atuação jurisdicional, Elival da Silva Ramos procura conformar a Teoria da Interpretação – que dá amplitude à função jurisdicional – ao positivismo jurídico – que estabelece o limitador normativo desta atuação, aduzindo que:

Se eliminada a associação entre o positivismo e a subsunção mecânica, de índole lógico-formal, e afastada a referência a uma ordem de valores externa ao sistema jurídico, com interferência direta sobre a sua conformação, não há por que não se afirmar a perfeita compatibilidade entre os desenvolvimentos mais recentes da Teoria da Interpretação e o positivismo jurídico. Para essa concepção de direito, o que importa é o reconhecimento de que na interpretação-aplicação de natureza jurídica os textos normativos contêm algo de objetivo, que não pode jamais ser eliminado pela vontade do juiz, ainda que inspirado por fatores sociais ou comandado por um ontologismo axiológico, sob as vestes da argumentação racional.⁵⁷⁵

Com vistas ao limitador objetivo da atuação jurisdicional, pode-se afirmar que o processo de aplicação do Direito envolve, igualmente, a produção do Direito no sentido da criação interpretativa ou, como refere Barroso, o julgador deve atuar como “coparticipante do processo de criação do Direito”⁵⁷⁶. Este entendimento é o proferido por Hans Kelsen, para o qual aplicação e produção não são sentidos opostos ou conflitantes, mas sim complementares, senão vejamos:

[...] A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É errado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.⁵⁷⁷

O positivismo pós-kelseniano, renovado pela aceitação da moderna Teoria da Interpretação, impondo, de um lado, que os julgadores respeitem os limites de sua atuação de natureza eminentemente executória, de outro, aceita a criatividade no processo de concretização normativa atendo-se à moldura da norma objeto de interpretação.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ RAMOS, 2015, p. 101.

⁵⁷⁶ BARROSO, 2001, p. 72.

⁵⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 260-1.

⁵⁷⁸ RAMOS, 2015, p. 136.

Diante do exposto, questiona-se: se a intenção do constituinte e do legislador ordinário brasileiros não fosse a de atribuir aos julgadores a tarefa interpretativa, por que é que as normas conteriam disposições amplas e abstratas e conceitos indeterminados? Ora, “se justifica a presença no texto constitucional de cláusulas genéricas ou indeterminadas por corresponderem à intenção deliberada do Constituinte de permitir ao Poder Judiciário a adaptação da Constituição a novas circunstâncias”.⁵⁷⁹

O sistema jurídico-normativo foi concebido para prever e regular abstratamente situações hipotéticas para incidir sobre fatos futuros. A aplicação do ordenamento sobre os fatos é feita pelo Poder Judiciário, a quem também cabe a evolução, atualização e modernização da ordem jurídica conforme o contexto histórico e social exigirem. Isso é feito exatamente pelo processo interpretativo criativo, sob o enfoque do originalismo, o qual sempre se baseará na norma jurídica positivada, criada pelo Poder competente, mas adequada aos valores e necessidades contemporâneos à sua aplicação. Logo:

[...] deverá o intérprete adaptar o imperativo ‘querer’ constitucional às necessidades do momento no qual a regra venha a ser aplicada; e portanto, não sem razão conclui-se ser a *ratio legis* do processo evolutivo objetiva e atual, razão por que enfatiza Engisch ser a tarefa do jurista interpretar a norma com o pensamento voltado à época presente.⁵⁸⁰

Em relação à referida atualização do Direito, a atividade jurisdicional se apresenta como importante instrumento para dar maior vida útil às normas jurídicas. Não fossem as interpretações realizadas com base nas normas existentes, o Direito estaria constantemente desatualizado, ultrapassado e em desuso. A vida e a sociedade evoluem, assim também os conflitos e as necessidades sociais, de tal sorte que a norma abstratamente positivada não teria longevidade de aplicação não fosse a atividade interpretativa do Judiciário. Ademais, a função jurisdicional, neste sentido, acaba por auxiliar o legislador em sua função, haja vista apontar as necessidades de adequações, modificações, atualizações do sistema normativo vigente.

⁵⁷⁹ RAMOS, 2015, p. 133.

⁵⁸⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 87.

A interpretação criativa ou evolutiva do Direito não intenta reescrever o Direito ou modificar normas pré-existentes, mas apenas retirar do Direito positivado todo o âmbito de conteúdo que o mesmo possa abranger, no sentido afirmado por Miguel Reale, de que “as regras jurídicas [...] possuem certa elasticidade semântica, comportando sua progressiva ou dinâmica aplicação a fatos sociais nem sequer suspeitados pelo legislador”.⁵⁸¹ Nesse sentido:

A atividade interpretativa do juiz, pois, não deve se prender a um sistema hermenêutico fechado, devendo ser levado em consideração o contexto histórico social e interdisciplinar. Abandonar o império do modelo teórico lógico-dedutivo do silogismo judiciário, sob este *aspecto externo*, significa aproximar o magistrado de questões políticas, imprescindíveis a uma interpretação axiológica do direito, desmitificando o mito da neutralidade do juiz e, principalmente, transformando o processo em um instrumento da democracia.⁵⁸²

Nessa mesma perspectiva, ao tratar sobre a interpretação, Konrad Hesse sustenta que “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.⁵⁸³

Em uma leitura um pouco mais ampla, a interpretação evolutiva admite, inclusive, o estabelecimento de novos conteúdos não previstos na norma, mas em absoluta consonância com o texto expresso e com os valores que deste possam se inferir, sempre no intuito de adaptar o Direito posto às evoluções ligadas a fatores históricos, sociais, políticos, econômicos, desconhecidos ou não presentes no contexto em que o Direito foi elaborado. Desde que “sem contrariar o texto literal da Constituição, admitem-se novos conteúdos ao mesmo, em razão das mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na mente do constituinte quando laboraram a Constituição”.⁵⁸⁴

Corroborando este entendimento, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, analisando especialmente a atuação do STF afirma que esta se dá:

⁵⁸¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. Ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 170.

⁵⁸² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 120-121.

⁵⁸³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23.

⁵⁸⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2. ed. Osasco: Edifio, 2015. p. 45.

[...] por meio de um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas, igualmente, expansivas de seu novo espaço institucional: além de suprir lacunas legislativas; ela expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirma direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais sob o pretexto de conformá-los à Constituição; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas. [...].
As cortes expandem poderes político-normativos em face dos outros poderes por meio: de interpretações criativas e expansivas dos enunciados normativos constitucionais, notadamente dos princípios constitucionais [...].⁵⁸⁵

A interpretação criativa evolutiva impõe ao julgador um limitador objetivo, o qual deve sempre pautar a atividade jurisdicional, qual seja, o texto normativo e o conteúdo jurídico-valorativo que deste se pode inferir. Diante deste limitador, a criação, não de um novo texto nem de um novo conteúdo, mas de um novo olhar, de uma nova aplicação, de uma nova interpretação harmoniosa, para fins de modernizar o Direito e adequar às necessidades contemporâneas, é possível, necessária e juridicamente legítima.

Neste contexto, com a sabedoria que lhe é distinta, Reale afirma que deve “o juiz ser considerado *livre*, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo”, ou, conforme Radbruch, citado por Reale, “não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por outro”.⁵⁸⁶

Relacionando a interpretação criativa ao objeto central de análise do presente estudo, o ativismo judicial, levando-se em consideração o entendimento dos críticos do ativismo, confere-se legitimidade da atividade interpretativa. Neste sentido:

Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria esses limites, a *criação judicial do direito* seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juizes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, ou seja, a *verba legis em sententia legis* – caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que é dar a cada um o que for seu.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ CAMPOS, 2014, p. 29 e 37.

⁵⁸⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 7. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 387.

⁵⁸⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?** In: *Os Constitucionalistas*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 10/07/2016.

Ainda no sentido de legitimar o agir interpretativo e refutar o ativismo judicial na concepção interventiva sobre o âmbito de atuação política, Inocêncio Mártires Coelho complementa:

[...] pode-se dizer, em resumo, que qualquer avaliação crítica – criticar é distinguir – do problema do ativismo judicial implica delimitar-se a fronteira entre criação judicial do direito conforme ou desconforme com o traçado constitucional da separação dos poderes, fórmula que funciona bem nas situações de clara ultrapassagem dos limites, mas que se mostra de escassa ou nenhuma utilidade naqueles casos em que o próprio texto da Constituição, pela sua abertura semântica, comporta leituras distintas, mas igualmente defensáveis. Afinal, parece óbvio que um conteúdo normativo vinculante não se obtém de um texto normativo *marco*; que não é possível subordinar-se a interpretação a algo que ela mesma irá produzir; ou, ainda, que sendo indeterminadas as normas constitucionais objeto de exegese, o seu significado só se revelará ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, não pode servir de ponto de partida.⁵⁸⁸

Logo, para a corrente contrária ao ativismo judicial, esta é conduta que deve ser refutada, pois criaria o Direito em desconformidade com as fronteiras delimitadas constitucionalmente pela separação dos Poderes. A legitimidade do agir mais amplo e proativo seria, assim, a função jurisdicional calcada na interpretação do Direito, de forma a criar o Direito em conformidade com os limites de sua atuação, tomando como base o produto da atividade legislativa e deste retirando todo o substrato jurídico que o permeia.

O modelo interpretativista defendido, o qual deve pautar a atuação do Poder Judiciário brasileiro, é o que tem prevalecido – em relação ao passivismo e ao ativismo no entendimento violador – e sido consagrado ao longo do tempo em outras ordens jurídico-constitucionais que também atribuem elevado poder à atividade jurisdicional. “Mesmo em um sistema jurídico que atribui considerável dose de poder normativo a juízes e tribunais tem prevalecido, ao longo da história, excetuados alguns períodos de passivismo ou de ativismo judicial, o que se poderia denominar de interpretação criativa de perfil positivista”.⁵⁸⁹

A conclusão acerca da adoção, em relação à atividade jurisdicional, da interpretação criativa evolutiva do Direito, em detrimento do passivismo – interpretação aquém daquilo que o texto possibilita – e do ativismo judicial na

⁵⁸⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?** In: *Os Constitucionalistas*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 10/07/2016.

⁵⁸⁹ RAMOS, 2015, p. 134.

concepção violadora – atuação acima dos limites impostos pelo texto –, é dada, com singular clareza, por Miguel Reale, em sua “Filosofia do Direito”:

[...] a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o sentido objetivamente válido de um preceito, “não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro”, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence.⁵⁹⁰

Portanto, requer-se da atividade jurisdicional uma atuação interpretativa originalista, criativa e evolutiva que faça evoluir o Direito de modo a adaptar suas disposições às necessidades contemporâneas, retirando do estrito texto jurídico-constitucional todo o conteúdo e carga valorativa que dele pode advir. É atividade de criação, sob pena de ser taxada como passivista, mas criação conforme os limites materiais do Direito posto, sob pena de incidir no ativismo judicial tido como violador.

4.6. O surgimento de um novo conceito: a Proatividade do Poder Judiciário

A visão acerca do ativismo judicial como sendo a ampla atuação do Poder Judiciário sobre questões que competem, em princípio, aos demais Poderes, e que diante da omissão ou insuficiência de ação destes, nas suas respectivas funções típicas, a jurisdição estaria apta a suprir a carência, “legislando” ou “mandando executar”, como visto, é objeto de maciços questionamentos e fortes críticas. Para os críticos, assim agindo, estaria o órgão jurisdicional praticando ingerência direta sobre a função dos demais Poderes do Estado, excedendo de sua competência constitucional e, logo, violando o princípio da separação.

Nessa concepção, seria o ativismo considerado proibido no sistema constitucional brasileiro vigente, segundo importantes juristas pátrios já citados anteriormente, dentre eles o ex Ministro do STF, Carlos Ayres Britto. Consoante este, o ativismo judicial “se traduz em antijurídica investidura do julgador na função de fonte das próprias leis”.⁵⁹¹ Ou seja, validar que o Poder Judiciário aja sob o manto do

⁵⁹⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 7. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 387.

⁵⁹¹ BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. In: Estadão. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-215>

ativismo seria admitir, com base no entendimento do ex Ministro e de parcela significativa dos estudiosos do tema, que o mesmo exerça legalmente competência que a Constituição atribuiu a outro Poder.

À medida que se refute a atuação jurisdicional sob a forma de ativismo judicial, e se defenda que a função jurisdicional deve ser exercida de maneira mais ampla, baseada no interpretativismo criativo e evolutivo do Direito, conclui-se que este agir não pode ultrapassar a esfera de atuação jurisdicional, porém, ao mesmo tempo, não se pode conceber um Judiciário inerte, inativo, sedentário; pelo contrário, o interpretativismo requer um órgão jurisdicional criativo, proativo, evolutivo.

A negação ao ativismo, eminentemente conceitual, não significa, portanto, que o Poder Judiciário não pode se pronunciar em decisão final sobre questão que tenha sido levada à sua apreciação por inexistência de ato típico de outro poder, até porque essa é, verdadeiramente, sua função, decidir sobre questões que não encontram solução extrajudicial, mesmo que decorrente da inatividade de outra função estatal, mas sempre com base no ordenamento jurídico vigente e de forma a realizar a concretude dos preceitos, valores e fins constitucionais. Nesse contexto:

[...] assim como não se pode impedir a imprensa de falar primeiro sobre as coisas, não se pode impedir o Judiciário de falar por último. É o Direito a coreografar a dança da sua própria unidade, por imitação à vida. Empoderamento excessivo? Não! A resposta é negativa porque a Constituição mesma avia um receituário de contenção do Poder Judiciário brasileiro nos quadrantes de sua função de julgar. Não de legislar nem de se substituir ao Poder Executivo. Apresta um eficaz estoque de antídotos contra descomedimentos funcionais, de que servem de amostra: o julgar segundo pautas processuais legalmente estabelecidas, incorporantes, além do mais, das garantias do contraditório e da ampla defesa; a publicidade das sessões de julgamento e das decisões proferidas; o dever da fundamentação de todo e qualquer ato decisório, sob pena de nulidade; a prestação jurisdicional concomitante ao desempenho, por outros profissionais do Direito, de funções essenciais à jurisdição mesma (falo dos membros do Ministério Público, da advocacia pública e privada e da Defensoria Pública); a submissão ao mais ampliado sistema recursal; a permanente vigília correicional do Conselho Nacional de Justiça, com ênfase no controle da atuação administrativa e financeira de órgãos e agentes de qualquer escalão judiciário (tirante o STF e seus ministros).⁵⁹²

Este rol exemplificativo de “antídotos”, bem como todos os demais existentes na ordem jurídica vigente, por si só, garantem, consoante Britto, que os órgãos

,1693122>. Acesso em: 07/12/2015.

⁵⁹² BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. In: Estadão. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-1693122>>. Acesso em: 07/12/2015.

jurisdicionais e seus membros atuem dentro dos poderes que lhes são conferidos. Sofrem os mesmos, pois, um controle pelo próprio ordenamento vigente, que os impede de exacerbar de sua competência. Assim, respeitando todo este aparato, os órgãos do Poder Judiciário podem e devem dizer o Direito sobre todos os casos levados ao seu crivo, sem receio de incorrer em um agir ilegítimo.

Dessa forma, tais “antídotos” constituem, se bem utilizados e aplicados, elementos suficientes para afastar o ativismo judicial violador, uma vez que:

Antídotos que tais, já se vê, são instituídos para salvar os magistrados de si mesmos. De seu eventual impulso para o voluntarismo, prepotência, arrogância, pose, espírito de corpo, subserviência, nepotismo, desatualização cognitiva, morosidade, inassiduidade e, no limite, venalidade (crime de dar engulhos no próprio Lúcifer). Antídotos ou anteparos que, se bem ministrados, ainda ajudam à conscientização dos próprios julgadores de que eles não podem incidir no que se tem chamado de "ativismo judicial".⁵⁹³

Portanto, o próprio sistema jurídico-constitucional foi concebido no sentido de permitir ao Judiciário a atuação mais ampla possível que não configure ilegítima, à medida que dispõe no próprio ordenamento os freios necessários a garantir esta legitimidade.

Ademais, como, muitas vezes, o julgador se vê diante de casos que lhe exigem uma atuação mais ativa, dinâmica e criadora, sem, contudo, configurar um agir ativista no sentido supra-apresentado, é que se defende, com base nos argumentos expendidos no tópico anterior, uma atuação calcada na interpretação evolutiva e criadora do Direito, em seu sentido originalista. Assim, além de o Judiciário estar limitado a antídotos previstos na norma, o próprio texto normativo e seu todo material impõem limites à atuação.

Como já referido, o Direito, para alcançar os fins que justificam seu existir, deve evoluir de acordo com a evolução da sociedade, dos conflitos e das necessidades sociais. Se não pudesse evoluir, o Direito seria vigente, porém não aplicável e efetivo, e estaria fadado a um existir meramente formal, frio, inadequado e ultrapassado, sem capacidade de atingir os fins a que se destina, sem possibilidade de ser aplicado e concretizado, sem condições de promover a ordem e a paz social.

⁵⁹³ BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. In: Estadão. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-1693122>>. Acesso em: 07/12/2015.

Essa evolução não é possível, contudo, se depender sempre do agir legislativo ou da vontade política dos agentes públicos. Os anseios sociais não esperam a lei e não podem esperar a discricionariedade política, eles simplesmente vão acontecendo no decorrer do tempo e da história, e é o sistema vigente que tem de se adequar, não o contrário.

É exatamente aí que está o grande papel do Poder Judiciário na contemporaneidade, não no extremo negativo de mero aplicador, nem no extremo excessivo de um Poder invasor da seara de atuação dos demais Poderes, mas de um órgão que toma por base e considera todas as normas, princípios, valores, objetivos e espíritos jurídicos para resolver todo e qualquer conflito, para satisfazer toda e qualquer necessidade, direito ou anseio, para jamais deixar de dar o provimento jurisdicional sempre que provocado, para adequar o ordenamento vigente às realidades sociais que se apresentarem e, assim, mantê-lo sempre moderno e plenamente aplicável. Vê-se que o Judiciário, hoje, desempenha um papel muito mais importante e abrangente do que de um simples órgão que julga.

Assim, o agir jurisdicional deve sim ser amplo, intenso e ativo, dentro do seu respectivo âmbito funcional, e deve se pautar na interpretação criativa e evolutiva no sentido originalista, com fins a considerar todo o sistema jurídico-constitucional e fazer realizar os fins almejados pelo Direito, adequando-o, modernizando-o, aprimorando-o e concretizando-o.

Nesta perspectiva, começa a surgir no cenário jurídico teórico um novo conceito, uma nova terminologia, um novo qualificativo, alternativo ao ativismo, que contempla e reflete verdadeiramente o papel jurisdicional hodierno, nos termos dos argumentos supra, e supera, assim, de um lado, a ótica do ativismo, no sentido violador, e, de outro, uma visão conservadora da função do Judiciário.

Nessa busca por uma nova definição, Carlos Ayres Britto vem defendendo, há algum tempo, o surgimento de um novo conceito: a chamada proatividade do Poder Judiciário. Inicialmente, segundo o ex Ministro, “não se pode confundir ativismo judicial com proatividade interpretativa. O ativismo é proibido, a proatividade é dever”.⁵⁹⁴ Nesse contexto:

⁵⁹⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. In: Estadão. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-1693122>>. Acesso em: 07/12/2015.

A proatividade é necessária, louvável, desejada. Já o ativismo é ir além da normatividade, é desentranhar a norma do dispositivo interpretado, se fazendo de fonte legislativa e usurpando a competência da lei. Interpretar é desvelar argumentativamente a norma, por isso é dever de todo profissional do direito conhecer e interpretar o direito à luz da Constituição.⁵⁹⁵

Ao encontro do já afirmado, a proatividade requer um Judiciário que saia de sua zona de conforto de mero aplicador, para alcançar um agir complexo, abrangente, intenso, criativo, conhecedor, inovador, evolutivo, ou, simplesmente, proativo.

Com notória clareza, é possível identificar a íntima correlação do conceito trazido por Britto com a ótica interpretativista defendida pelo presente estudo. O conceito de proatividade requer seja retirado da norma interpretada não só o que ela expressamente ou literalmente diz, mas sim o seu verdadeiro espírito, toda a sua carga valorativa, as razões que levaram à necessidade de sua elaboração e a intenção do legislador quando de sua feitura. Sob o olhar proativo, a norma é revelada no seu íntimo e por completo, o que é suficiente para permitir ao Judiciário se manifestar e resolver quase que todas as pretensões deduzidas no seu âmbito, haja vista a amplitude da disciplina jurídica e de seus conteúdos.

Evidentemente que a tarefa proativa exige do julgador ampla capacidade cognitiva, intelectual e técnica, bem como perspicácia para ligar o conteúdo material da norma aplicável ao fato ocorrido e levado ao seu crivo. Essa capacitação se presume – mesmo que, na prática, isso possa, algumas vezes, não se verificar – pelo simples fato de que os membros do Poder Judiciário, para ingresso na carreira, têm de demonstrar amplos conhecimentos e habilidades em um processo de seleção concorrido, amplo e extremamente dificultoso. Sem possuir essa capacidade e a disposição para um agir proativo, dificilmente o indivíduo tornar-se-á um agente político do Poder Judiciário.

Além disso, pelos sistemas de controle interno e, no caso, do Poder Judiciário, através do controle da função jurisdicional exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, pode-se identificar se esta função exercida pelos magistrados vem ou não atendendo a proatividade que se exige nos tempos atuais.

⁵⁹⁵ BRITTO, Carlos Ayres. **Palestra no Seminário Desequilíbrios Fiscais, Segurança Jurídica e Desenvolvimento: Problemas e a Agenda para a Superação.** In: *OAB Conselho Federal*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28733/ayres-britto-constituicao-e-seguranca-juridica-tem-uniao-visceral>>. Acesso em: 02/01/2016.

Ademais, Carlos Ayres Britto busca definir os poderes/deveres decorrentes da proatividade judicial, de forma a auxiliar na verificação da amplitude e dos limites da referida atuação, já que a diferença entre os conceitos e, até mesmo, na prática, em princípio, é tênue:

Dever de desentranhar dos dispositivos jurídicos, isoladamente e também imersos no sistema de que eles façam parte, todas as respectivas angulações ou propriedades normativas. Dever de não ficar aquém do potencial normativo ali engastado. Dever, enfim, de imprimir aos enunciados jurídicos todos os ganhos de funcionalidade sistêmica a que eles se predisponham. Inclusive e sobretudo diante de comandos ativistas por si mesmos.⁵⁹⁶

Desta forma, vários são os instrumentos existentes no sistema posto para, ao mesmo tempo, incentivar o agir proativo e breçar o ímpeto do julgador que intente exceder dos limites da jurisdição, a serem citados os “antídotos” previstos no próprio ordenamento, o próprio texto normativo e seu todo material, os sistemas de controle da função jurisdicional e os poderes/deveres estabelecidos pela doutrina defensora da proatividade.

De acordo com o ex Ministro, a devida prática dos deveres supradestacados alcança, sim, um agir ativista. “Ativismo, óbvio, não como subjetiva postura do intérprete, porém como objetivo traço de preceitos que tudo investem na sua própria força normativa. Sem nenhuma dependência de legislação intercalar, portanto”.⁵⁹⁷

Sob essa ótica, pode-se dizer que a atuação judicial não só pode como deve ser ativista, no sentido de dinamicidade, resolvendo-se os conflitos através da aplicação plena e objetiva das normas jurídicas, retirando delas todo o seu conteúdo e carga normativa, exigindo-se do aplicador preparo, conhecimento, dedicação e seriedade. Nesse sentido, clara e exata é a definição do agir judicial ativista diante dos casos em concreto:

Pois assim é que deve ser o atuar do juiz: apenas desvelar (de tirar os véus) a inteira compostura das normas jurídicas. Desvelar argumentativamente normas já abrigadas no objeto de sua interpretação. Mas fazê-lo com todo o empenho, paciência, imparcialidade, independência, sentimento,

⁵⁹⁶ BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. In: Estadão. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-1693122>>. Acesso em: 07/12/2015.

⁵⁹⁷ BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. In: Estadão. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-1693122>>. Acesso em: 07/12/2015.

pensamento e consciência, pois a norma só se dá por inteiro a quem por inteiro se dá a ela.⁵⁹⁸

Esse é o papel do Poder Judiciário no Estado de Direito contemporâneo: exercer, de forma proativa, sua função típica jurisdicional no intuito de resolver os conflitos postos à sua apreciação, de assegurar o respeito e a realização dos direitos e garantias fundamentais, de realizar o controle da constitucionalidade das leis, de promover o controle judicial sobre os atos dos demais poderes e suprir, sempre que isso não importe ofensa à separação, a falta ou insuficiência do agir legislativo ou executivo.

Essa proatividade representa um agir dinâmico, criativo e objetivo do Poder Judiciário, dentro dos limites da sua competência, para retirar do ordenamento jurídico vigente toda a sua força, toda a sua carga e todo o seu potencial normativo, a fim de revelar inteiramente seu conteúdo diante da aplicação concreta, sempre adequando o Direito aos novos anseios e necessidades sociais, e promovendo a concretização dos valores, preceitos e fins constitucionais.

⁵⁹⁸ BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. In: Estadão. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-1693122>>. Acesso em: 07/12/2015.

CONCLUSÃO

Diante do todo analisado ao longo destes quatro capítulos e, especialmente, da verificação, na prática, da atuação da Corte Constitucional brasileira frente a casos de grande repercussão e controvérsia no cenário jurídico-constitucional, bem como pela constatação das diferentes dimensões em que se enquadra este agir no chamado ativismo judicial, pode-se concluir que este, antes de ser um problema propriamente da atuação jurisdicional, é um problema conceitual, da própria noção do fenômeno.

Evidenciou-se isto pelo fato de que nenhuma doutrina dentre as pesquisadas, mesmo as mais críticas ao ativismo, e que empregam, *prima facie*, um sentido pejorativo à expressão, negou-se a reconhecer que a realidade política e social exige um Judiciário atuante além das barreiras jurídicas, de forma a satisfazer os princípios, valores e fins constitucionalmente estabelecidos.

Nesse entendimento, grande parte do debate existente diz respeito não à atuação do Judiciário em si, mas à noção que se atribui à terminologia “ativismo judicial”. É o sentido teórico atribuído ao fenômeno ou o campo de interesse do pesquisador que faz variar, num primeiro momento, a visão ou a avaliação sobre as decisões judiciais taxadas como ativistas.

Neste sentido, sobre a expressão “ativismo judicial” orbitam diferentes noções e entendimentos, que permitem concluir que a grande tensão acerca de sua noção não é, num primeiro momento, propriamente, da forma de atuação do Judiciário nos dias de hoje, se é ativista ou não ativista, mas sim do próprio conceito de ativismo judicial, se este tem sentido positivo ou pejorativo.

Ocorre que o ativismo judicial é um fenômeno que decorre do agir jurisdicional e apartado deste não pode ser analisado. É com base no agir prático verificado nos casos concretos analisados exemplificativamente quando do estudo das dimensões que se pode analisar o ativismo. Não se pode pretender, antes de averiguar a atuação jurisdicional na prática, afirmar ser o ativismo positivo ou negativo, certo ou errado, necessário ou desnecessário, legítimo ou ilegítimo.

Nesse contexto, deve-se ter em mente que o STF foi consagrado como guardião da Constituição e, assim, de todos os seus preceitos, princípios, valores e fins. É o órgão constitucional que, em última análise, confere a força e a integridade

do sistema constitucional. Dessa forma, a função jurisdicional deve visar, de maneira ampla, a realização dos direitos e garantias fundamentais a todos indistintamente, a resolução dos conflitos levados à sua apreciação, o exercício do controle judicial de constitucionalidade sobre os atos dos demais Poderes e a evolução e atualização do Direito de forma a garantir sua modernização frente à evolução das necessidades e dos anseios sociais.

Para o fim de realizar estas atribuições e dar efetividade à ordem constitucional vigente, o STF precisa, em se apresentando necessário, ampliar seu âmbito de atuação, atuando de maneira intensa, ousada, criativa, ativa, dada a amplitude e imprescindibilidade dos seus fins.

É claro que não pode o Judiciário fazê-lo deliberada e ilimitadamente, já que resultaria em tão grave ou mais do que a omissão ou insuficiência de ação por parte dos demais Poderes. O balizador da atuação jurisdicional é a própria ordem jurídica vigente no Estado brasileiro, sobretudo a Constituição, à qual a jurisdição está vinculada, mas compreendida esta ordem em seu todo, não à literalidade de suas disposições.

Entretanto, ao mesmo tempo em que o Judiciário está limitado pela ordem constitucional, é exatamente esta que legitima um agir mais ousado e proativo dos órgãos jurisdicionais, pois é para fazer realizar seus preceitos que se afigura esta atuação, e isto, entende-se, está acima de qualquer discussão institucional.

Diante da opção do constituinte de constitucionalizar matérias eminentemente políticas, optou-se, em decorrência, a submeter conteúdos desta natureza ao crivo legítimo do Judiciário, não representando, diante disso, violação, mas sim harmonização, a incidência de reflexos da atuação jurisdicional sobre as demais funções estatais, até porque a necessidade de agir judicial ampliado decorre da omissão ou da incapacidade ou insuficiência de ação destes.

O papel exercido pelo Judiciário atualmente, ativista sim, não enseja a violação da ordem constitucional, pelo contrário, intenta fazer cumprir efetivamente seus fins; não objetiva ferir direitos fundamentais, pelo contrário, almeja fazer concretizar tais direitos e promover o fundamento da dignidade humana; não visa afrontar a separação dos Poderes, mas sim complementar a atuação harmonizada destes e manter a integridade dos direitos dos legítimos titulares do poder; não

intenta violar a democracia, pelo contrário, busca afastar qualquer atitude arbitrária de não satisfação aos direitos dos indivíduos.

Como já afirmado, o fato é que acima de se questionar a legitimidade ou a ilegitimidade do agir jurisdicional mais amplo, com vistas eminentemente institucionais, deve-se compreender a realidade política e social, a qual demanda, cada vez mais, ação efetiva do Estado, nas suas diversas funções, frente às graves violações a direitos e garantias fundamentais que se verificam nos dias atuais neste País.

Nesse sentido, se para assegurar estes direitos, diante do não agir ou da incapacidade de ação dos demais Poderes, for necessária uma atuação ativa do Judiciário, defende-se sua absoluta legitimidade. Enquadrando-se tal conduta como ativismo, defende-se arduamente tal fenômeno; não se enquadrando neste conceito, sugere-se ser dado a este legítimo e necessário agir outra nomenclatura, aqui denominada de proatividade do Poder Judiciário, entendida como a atuação que requer um Judiciário não passivo, não meramente aplicador das leis, mas sim com atuação abrangente, intensa, criativa, inovadora, evolutiva, ou, simplesmente, proativa, e, ao mesmo tempo, enquadrada nos estritos limites estabelecidos pela ordem jurídico-constitucional.

Ao encontro da teoria interpretativista criativa e evolutiva do Direito, o conceito de proatividade requer seja retirado da norma interpretada não só o que ela expressamente ou literalmente diz, mas sim o seu verdadeiro espírito, toda a sua carga valorativa, as razões que levaram à necessidade de sua elaboração e a intenção do legislador quando de sua feitura. Sob o olhar proativo, a norma é revelada no seu íntimo e por completo, o que é suficiente para permitir ao Judiciário se manifestar e resolver, legitimamente, quase que todas as pretensões deduzidas no seu âmbito, haja vista a amplitude da disciplina jurídica e de seus conteúdos e sua inter-relação com as mais diversas ciências e disciplinas.

Entende-se ser esse o papel do Poder Judiciário no Estado de Direito contemporâneo: exercer, de forma proativa, calcado na interpretação criativa e evolutiva, sua função típica jurisdicional no intuito de resolver os conflitos postos à sua apreciação, de assegurar o respeito e a realização dos direitos e garantias fundamentais, de realizar o controle da constitucionalidade das leis, de promover o

controle judicial sobre os atos dos demais poderes e suprir, sempre que isso não importe ofensa à separação, a falta ou insuficiência do agir legislativo ou executivo.

Independente da definição ou da terminologia atribuída, este é o agir que se espera e se requer do Judiciário brasileiro, pois, do contrário, imagina-se o quão devastador seria, tanto aos indivíduos e à sociedade quanto ao próprio Estado de Direito, uma abstenção também do Judiciário frente a graves violações à dignidade humana e à ordem jurídico-constitucional vigente, as quais somente podem ser evitadas e reparadas pela ação estatal, que, em última análise, é una, já que o Estado é um só, produto do somatório da atuação das três esferas de Poder.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos Poderes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Mauro Raposo de Mello (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ADEODATO, João Maurício. **Adeus à separação dos poderes?** In: Leituras complementares de constitucional: Teoria da Constituição. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2009.

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. **Constituição e Codificação: a dinâmica atual do binômio**. In: COSTA, Judith Martins- (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Gercélia Batista de Oliveira Mendes (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **A Federação a serviço da Democracia e do Estado de Direito**. In: HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1960.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Constituição e Codificação: Primórdios do Binômio**. In: COSTA, Judith Martins- (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados**. In: *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista16/revista16%20%20JOS%C3%89%20ALFREDO%20DE%20OLIVEIRA%20BARACHO%20%E2%80%93%20Teoria%20geral%20dos%20Conceitos%20legais%20indeterminados.pdf>>.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, 2010.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

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

_____. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direito sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEÇAK, Rubens. **A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a Judicialização da Política**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Carmen C. Varriale e outros (Trad.). 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. Estudos avançados. In: *Scielo*. Publicado em 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>>.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **Poder Judiciário: ativismo versus proatividade**. In: *Estadão*. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,poder-judiciario-ativismo-versus-proatividade-imp-,1693122>>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Coord.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 9. ed. São Paulo: Clássica Editora.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional>.

_____. **“Estado de Coisas Inconstitucional” e Litígio Estrutural**. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/15685170/_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_Lit%C3%ADgio_Estrutural>.

_____. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. In: *Academia*. Disponível em: <https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?**. In: *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19047>>.

CARNELUTTI, Francisco. **Estudios de Derecho Procesal**. Vol. II. Trad. esp. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1952.

CARVALHO. **Crise do Absolutismo e do Mercantilismo**. In: *Mundo Educação*. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/crise-absolutismo-mercantilismo.htm>>. Acesso em: 27/12/2015.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Artigo apresentado no XX Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu-MG, 1996. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?** In: *Os Constitucionalistas*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>.

COLE, Charles D. **Interpretação Constitucional:** dois séculos de reflexão. In: *Revista de Direito Público – RDP*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 90. ed: 21-49, abr./jun. 1989.

_____. **Precedente Judicial:** A experiência Americana. In: *Revista de Processo*, n. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático.** In: *SciELO*. Estudos Avançados, v. 18, n. 51, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200008>.

COSTA, Andréa Elias da. **Estado de Direito e Ativismo Judicial.** In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. **A Superação da Tripartição de Poderes.** Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação “Lato sensu” em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Brasília, 2007.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** 2. ed., v. VII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Estado de Direito e Ativismo Judicial.** In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa.** In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of constitution.** 5. ed. London: Macmillan and Co., 1897.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** 7. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DONATO, Verônica Chaves Carneiro. **O Poder Judiciário no Brasil: Estrutura, Críticas e Controle**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Fortaleza, 2006. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fonte, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique. **Perspectiva institucional sobre o Ativismo e a Supremacia Judiciais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Derechos y Garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Princípios Fundamentais de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días.** Manuel Martínez Neira (Trad.). Madri: Editorial Trotta, 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil:** uma visão histórico-jurídica. In: *Revista Sequência*, n. 58, p. 23-34, jul. 2009.

FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à constituição.** In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito:** ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36 n. 143, jul./set. 1999.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social:** Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **Em nome da Constituição.** O legado federalista dois séculos depois. In: *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx* Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>. 2006.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito.** Ricardo Marcelo Fonseca (Trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUERRA, Gustavo Rabay. **O Papel Político do Judiciário em uma Democracia Qualificada:** a outra face da Judicialização da Política e das Relações Sociais. In: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Disponível em: <www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/>.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. v. 1. 2. ed. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Hiltomar Martins Oliveira (Trad.). Belo Horizonte: Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JORGE JR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais e o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (Trad.). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)**. In: *Biblioteca Jurídica*. Rolando Tamayo Y Salmorán (Trad.). Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>>.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez? O outro lado do STF**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política: Ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. **Tempos Hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MACEDO, Maiara Batalini de. **A judicialização da saúde pública e o diálogo institucional como garantia de equidade social**. Artigo apresentado no XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Belo Horizonte, MG, 2015. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4qiqydiv/ODP1 RYOOq7KmFuzR.pdf>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro**. In: *Marinoni*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cVsTts8l9isJ:www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Elabora%25C3%25A7%25C3%25A3o-dos-conceitos-de-ratio-decidendi.docx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>.

MARTINS-COSTA, Judith. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. RT, 1992, n. 680.

_____. **O Direito Privado como um “Sistema em Construção”**: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. RT, 1998, n. 753.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira**. In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília: Presidência da República/Casa Civil. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1072>>. Brasília, vol. 1, n. 5, setembro de 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A calma é só aparente...** In: *Revista Veja*. Edição 2075, de 27/08/2008. p. 62. Disponível em: <<https://acervo.veja.abril.com.br/index.html#/edition/32405?page=60§ion=1>>.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. v. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. 3.

MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos Direitos Fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O espírito das leis**. Edson Bini (Trad.). São Paulo: Edipro, 2004.

_____. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Sistema Judiciário brasileiro e a reforma do Estado**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Moisés Mileib de. **O Ativismo Judicial e a tutela da cidadania: a postura ativista do Judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraMM_1.pdf>.

OLIVEIRA, Tassiana Moura de; AZEVÊDO, Ana Paula da Silva. **O Poder Judiciário, a Constituição e os Direitos Fundamentais: Ativismo Judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes**. Artigo publicado no XXIV Encontro Nacional do Conpedi em Aracaju – SE, 2015.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría general.** Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. **A Responsabilidade do Poder Judiciário frente ao Ativismo Judicial.** In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

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

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 7. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. **Lições Preliminares de Direito.** 27 ed. Ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÊGO, Cristiane. **Do Fenômeno da Judicialização.** In: *Publica Direito.* Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a33b11cfa5f7f31>>.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito.** In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability.** São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Antonio Edmilson Martins; FALCON, Francisco José Calazans. **A formação do mundo moderno.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes: para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. **Do Contrato Social.** Trad. Rolando Roque da Silva. Editora Ridendo Castigat Mores. E-book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil**. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 85, abril 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Estado Democrático de Direito**. In: HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SANTOS, Marina França. **O dever da Administração Pública de promover a justiça: Eficiência, Moralidade e Juridicidade na solução dos conflitos**. In: *Revista da AGU*. v. 12, n. 38, p. 341–372, out./dez., 2013. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/20982558>.

SANTOS, Pablo de Oliveira. **Jurisdição: considerações acerca do seu conceito, características, princípios inerentes e "espécies"**. In: *Conteúdo Jurídico*. 18/08/2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,jurisdiacao-consideracoes-acerca-do-seu-conceito-caracteristicas-principios-inerentes-e-especies,49465.html>>.

SANTOS, Ramon Rocha; MACEDO, Raynara Souza. **Judicialização da Política, Ativismo Judicial e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais: uma análise a luz do Novo Código De Processo Civil**. Artigo apresentado no XXIV Congresso Nacional do Conpedi. Belo Horizonte, MG, 2015. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/r9fsqsq9/8770fBbnf2 UP3BJX.pdf>.

SARASATE, Paulo. **A Constituição do Brasil ao alcance de todos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direito sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Clóvis do Couto e. **O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. In: *Revista Ajuris*, n. 40. Porto Alegre: Ajuris, 1987.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Glaucia Carvalho. 24. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 250. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido da; ARAUJO, Anna Federici; MEDEIROS, Bernardo; e Outros. **Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF**. In: *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf>.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. **Uma breve abordagem sobre a Relação entre Estado, Direito e Política**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Juízes não são donos da lei**. Entrevista concedida ao Jornal do Comércio impresso em 18/10/2016. In: *Jornal do Comércio*. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2016/10/cadernos/jornal_da_lei/525881-juizes-nao-sao-donos-da-lei.html>.

_____. **Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão**. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Revista do Instituto Brasiliense de Direito Público. Ano 6, v. 1, mai./2013. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/856/595>>.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Juridificação**: Noções, Características, Limites, Soluções. Revista de direito e Economia. Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos. Ano XIV.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre Positivismo Jurídico e Pós-Positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TORRES, Artur. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: OAB/RS, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALE, Luis Manoel Borges do; SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Sobre Ativismos e Discricioniedades**: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado no XXV Encontro Nacional do Conpedi em Brasília – DF, 2016.

VALLINDER, Torbjörn. **When the courts go marching in**. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **Judicialização da Política**: Conceitos, Caminhos, Problemas. In: VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil*: o processo judicial no pós-1988. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php>>.

VIANA JUNIOR, Armando. **O Absolutismo Monárquico**. In: *O Historiador*. Disponível em: <<http://www.ohistoriador.com.br/historia-moderna/o-absolutismo-monarquico/>>. Acesso em: 22/12/2015.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro. Editora Revan. 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: *Revista Direito GV*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. v. 4, n. 2, 2008.

WACHELESKI, Marcelo Paulo; MEDEIROS, Clayton Gomes de. **Judiciário Interventivo, Acesso à Justiça e a Judicialização das relações sociais**. In: *Ajuris*. Disponível em: <www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/364/299>.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito:** Civil law e Common Law. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 54, out. 2009.

_____. **Interpretação da Lei e de Precedentes:** Civil Law e Common Law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna:** Participação e processo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1988.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad:** esbozo de sociología comprensiva. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil.** In: *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, v. 19, n. 40, p. 195-209, jun/2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v19n40/14.pdf>>.