

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA  
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

**Lucas Paiva Barbosa**

**DO CONSTITUCIONALISMO AO ATIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO:  
CONSEQUÊNCIAS E LIMITES A ATUAÇÃO PROATIVA DO PODER  
JUDICIÁRIO SOB A ÉGIDE ATUAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL PÁTRIO**

**ITUVERAVA  
2018**

**LUCAS PAIVA BARBOSA**

**DO CONSTITUCIONALISMO AO ATIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO:  
CONSEQUÊNCIAS E LIMITES A ATUAÇÃO PROATIVA DO PODER  
JUDICIÁRIO SOB A ÉGIDE ATUAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL PÁTRIO**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
à Faculdade Dr. Francisco Maeda, Fundação  
Educativa de Ituverava para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: MSc. Wander Pereira de Bortoli**

**ITUVERAVA  
2018**

**LUCAS PAIVA BARBOSA**

**DO CONSTITUCIONALISMO AO ATIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÂNEO:  
CONSEQUÊNCIAS E LIMITES A ATUAÇÃO PROATIVA DO PODER  
JUDICIÁRIO SOB A ÉGIDE ATUAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL PÁTRIO**

**Trabalho de Conclusão de Curso para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Fundação Educacional de Ituverava.  
Faculdade Dr. Francisco Maeda.**

**Ituverava, 27 de setembro de 2018.**

**Orientador(a):** \_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Wander Pereira de Bortoli**

**Examinador:** \_\_\_\_\_  
**Prof. Christopher Abreu Ravagnani**

**Examinadora:** \_\_\_\_\_  
**Prof. Sofia Muniz Alves Gracioli**

## **DEDICATÓRIA**

**Dedico** este trabalho à minha família, presente e fundamental do início à conclusão do curso, sempre com extrema motivação e confiança, tal como à minha namorada, e amigos.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que em todos os meus momentos de fraqueza, falta de fé e queda em relação ao curso, me carregou nos braços e possibilitou a dádiva de estar realizando um sonho.

A minha família, de forma especial, que sempre foi o alicerce e o principal motivo desse sonho estar sendo concretizado.

Ao meu orientador, Dr. Wander Pereira de Bortoli pela extrema competência, motivação e dedicação.

Aos professores, pelos ensinamentos que levarei por toda a vida.

Aos colegas de curso, pela companhia e pelas experiências compartilhadas.

A minha namorada, que sempre me motivou e acreditar e buscar por esforço e mérito os meus objetivos.

Aos meus colegas de trabalho pela compreensão e apoio de todos os dias, dos quais extraio total admiração. Em especial, ao amigo e colega de trabalho Felipe Oliveira Torres de Paula, que não apenas me apresentou ao tema como também possibilitou discussões fundamentais à formação de minha convicção e posicionamento acerca do tema do Ativismo Judicial.

A todos que direta ou indiretamente, colaboraram para o êxito do meu trabalho.

Meu sincero muito obrigado!

**“A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito.”**

**Rudolf von Ihering**

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo explorar, revisar e demonstrar que o Ativismo Judicial, ora como instrumento do Estado na concretização em último plano dos direitos e garantias fundamentais é uma forma de resposta às constantes omissões dos Poderes Políticos culminantes em prejuízo à sociedade e ao mesmo tempo, uma consequência do próprio modelo constitucional de efetividade, valoração e materialização de suas normas no contexto social incorporado na Constituição Federal de 1988. Vale ressaltar, desde logo, que essa consequência é advinda das novas concepções constitucionais axiológicas reformadoras viabilizadas principalmente com as passagens pelo Constitucionalismo e posterior chegada ao Neoconstitucionalismo. Salienta-se ainda, que muito embora haja discussão acerca dos riscos à Constituição trazidos pelas consequências do Ativismo no Estado Democrático de Direito, o presente trabalho visa elucidar que uma atuação contida, responsável e cuidadosa do Judiciário, que observa os limites traçados e explorados em sede do presente trabalho, como forma de restar garantida uma atuação proativa do Poder Judiciário somente no que tange ao núcleo essencial da concretização do direito previsto na Constituição Federal ao seu respectivo destinatário, de forma menos invasiva à seara dos demais Poderes legitimados e competentes à representação da vontade popular, está em perfeita conformidade com o diploma constitucional, sobretudo pela garantia a que propõe. Por fim, propõe-se interventivamente, a ideia de uma reforma política capaz de combater à inercia parlamentar e assim, aumentar à funcionalidade dos Poderes no sistema constitucional vigente.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Poder Judiciário. Concretização dos direitos e garantias fundamentais.

## SUMMARY

The purpose of this paper is to explore, review and demonstrate that Judicial Activism, as an instrument of the State in the final realization of fundamental rights and guarantees, is a form of response to the constant omissions of the Political Powers that are to the detriment of society and at the same time, a consequence of the actual constitutional model of effectiveness, valuation and materialization of its norms in the social context incorporated in the Federal Constitution of 1988. It is worth noting, of course, that this consequence comes from the new conceptions constitutional axiological reforms made possible mainly with the passages by the passage Constitutionalism and subsequent arrival to neoconstitucionalismo. It is emphasized that although there is discussion about the risks to the Constitution brought about by the consequences of Activism in the Democratic State of Law, the present work tries to elucidate that a contained, responsible and careful action of the Judicial Power, which observes the limits drawn and exploited in the framework of this work, as a way to subtract guaranteed a proactive action of the Judicial Power only in what refers to the essential core of the realization of the right provided in the Federal Constitution to its respective addressee, in a less invasive way to the harvest of the other Powers legitimized and competent to the representation of the popular will, is in perfect conformity with the constitutional diploma, above all for the guarantee that it proposes. Finally, it is proposed to intervene, the idea of a political reform able to combat parliamentary inertia and thus increase the functionality of the Powers in the current constitutional system.

**Keywords:** Judicial Activism. Judicial Power. Realization of fundamental rights and guarantees.



## SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>10</u>
<u>1 DO CONSTITUCIONALISMO AO ATIVISMO JUDICIAL</u>	
<u>1.1 Noções preliminares ao Constitucionalismo.....</u>	<u>13</u>
<u>1.2 Do Neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo contemporâneo ou pós-positivismo.....</u>	<u>16</u>
<u>1.2.1 O neoconstitucionalismo como precursor ao movimento ativista à partir da mudança de paradigma constitucional.....</u>	<u>19</u>
<u>1.3 O Ativismo Judicial Brasileiro.....</u>	<u>21</u>
<u>1.4 Ativismo Judicial x Judicialização; diferenças entre as duas principais formas de interferência do Poder Judiciário nas relações sociais dos brasileiros.....</u>	<u>23</u>
<u>1.5 Ativismo como instrumento de concretização dos direitos e garantias fundamentais.....</u>	<u>25</u>
<u>2 DO PODER JUDICIÁRIO EM ASCENSÃO</u>	
<u>2.1 STF, o guardião da Constituição Federal.....</u>	<u>30</u>
<u>2.2 Das funções típicas e atípicas do Poder Judiciário.....</u>	<u>34</u>
<u>2.3 Do mandado de injunção e da posição concretista do STF em 2007 – O marco do ativismo.....</u>	<u>36</u>
<u>2.4 Síndrome da supremacia do Poder Judiciário e sua evidenciação no “Caso Lula” sob riscos de supressão da normativa constitucional.....</u>	<u>42</u>
<u>2.5 Crítica ao protagonismo excessivo conferido ao Poder Judiciário.....</u>	<u>46</u>
<u>3 CRISE DA LEGITIMIDADE POLÍTICA REPRESENTATIVA E INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO; UMA ANÁLISE AOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO</u>	
<u>3.1 Crise da representatividade e evidente supressão da democracia.....</u>	<u>51</u>
<u>3.2 O Ativismo Jurídico e a violação ao princípio da Separação de Poderes.....</u>	<u>56</u>
<u>3.3 Política x Justiça; riscos de “Juristocracia” no ordenamento jurídico brasileiro...62</u>	
<u>3.4 Limites à atuação proativa do Poder Judiciário e do próprio STF.....</u>	<u>65</u>
<u>3.4.1 Limites ligados à Separação de Poderes, às competências, Teoria da Reserva do Possível e Teoria dos Limites dos Limites.....</u>	<u>65</u>
<u>3.4.2 Da capacidade institucional.....</u>	<u>70</u>
<u>3.4.3 O texto normativo da Constituição Federal de 1988.....</u>	<u>73</u>
<u>3.4.4 Dos Princípios Constitucionais.....</u>	<u>75</u>
<u>3.4.5 A democracia e a representatividade política-constitucional popular pelo sistema brasileiro Republicano de governo.....</u>	<u>80</u>
<u>3.5 Da reforma política como proposta interventiva para o combate ao Ativismo Judicial exacerbado.....</u>	<u>82</u>
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>85</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>93</u>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a exploração e compreensão do Ativismo Judicial diante do modelo constitucional de Estado adotado no Brasil. Visa sob esta perspectiva, elucidar os motivos de uma participação intensa do Poder Judiciário na intitulação da vida brasileira atualmente, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, como também, esclarecer e demonstrar as consequências desse aludido fenômeno perante o Estado Democrático de Direito. Busca-se ainda, com a presente pesquisa, o que melhor se aproxima da possibilidade de uma resposta à indagação sobre o Ativismo do Poder Judiciário estar ou não em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

Para tanto, ainda que constantes as omissões legislativas e executivas que ensejam essa atitude proativa do Judiciário ao Ativismo brasileiro, apresentando-se como principal problema à normativa da Constituição da República Federativa do Brasil em sua efetividade, destina-se o enfoque do presente trabalho no Poder Judiciário, em sua ascensão em consonância aos demais Poderes quando diante de atuações desenfreadas e exacerbadas, uma vez que este possui o dever de ser o incumbido a dar respostas às demandas sociais ora sem apreço pelos demais Poderes, ainda que sem legitimidade representativa. Deste modo, visa-se demonstrar as formas positivas e negativas dessa atuação proativa do Judiciário na seara de outros Poderes no tocante à materialização dos direitos e garantias fundamentais expressos.

Diante da evidente crise existente entre a efetividade da Constituição Federal pátria no meio social e da vasta preocupação acerca dos problemas gerados ao modelo constitucional valorativo e democrático advindo da Constituição Federal de 1988, torna-se necessária a elucidação das formas de resposta do Estado aos conflitos existentes, no sentido de melhor compreender o que de fato é necessário à sociedade pela Constituição, e ao mesmo tempo possível, sem o risco de sofrer violação à normativa constitucional.

Insta salientar que o objetivo de pesquisa é revisar e demonstrar que o Ativismo Judicial brasileiro é consequência direta da inércia dos Poderes Políticos legitimados à representação popular e ao mesmo tempo, também de uma resposta positiva do Judiciário à resolução das lacunas existentes no cenário social, de maneira a proteger a efetividade da Constituição Federal de 1988, da qual devem total obediência e observância legal, e assim, mediante essa possibilidade de garantia, apresentar o que se vislumbra como a melhor forma provisória de solução às omissões legislativas e executivas tendentes a causar prejuízo ao indivíduo detentor do direito posto. Nesse sentido, busca-se em sede do presente trabalho,

elucidar que o Ativismo Judicial brasileiro como reflexo aos novos paradigmas de prevalência dos direitos e garantias fundamentais tende a ser positivo e amplamente amparado pela Constituição Federal de 1988 quando observa e respeita os limites defronte à Separação de Poderes, à legitimidade representativa e o próprio texto constitucional vigente. Visa-se nessa linha, por fim, a proposta interventiva de uma reforma política, como possível forma de solução permanente aos problemas gerados pelo Ativismo Judicial à Constituição Federal, no sentido de imposição e exigência pelo Estado para a efetiva atuação dos representantes da vontade popular.

Utiliza-se para a forma de pesquisa e abordagem crítica existente no presente trabalho, a metodologia da revisão bibliográfica crítica, mediante a exploração de obras literárias e atualizadas de Direito Constitucional; variados artigos informativos e científicos acerca da discussão abordada; demonstrativos de decisões judiciais de Tribunais de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a fim de analisar e observar o entendimento recente do Tribunal de Justiça e dos Tribunais Superiores no cenário constitucional vigente concernente ao tema em apreço; análises em artigos da própria Constituição Federal de 1988, tal como de normas infraconstitucionais.

Opera nos dias atuais, após um vasto processo de redemocratização e constitucionalização que se estruturou e evoluiu desde a antiguidade até os tempos modernos com a idealização e conseqüente mudança de concepção constitucional fundamental à concretização dos direitos sociais, precisamente no Constitucionalismo e sua passagem ao Neoconstitucionalismo, com uma expansão significativa na seara de atuação do Poder Judiciário. A este, é incumbido o poder de, mediante provocação, decidir as demandas sociais que, no contexto ativista, surgem em razão da inércia dos demais Poderes, possuindo a função decisória e dirimindo questões legislativas e de Políticas Públicas de largo cunho, que em regra competem, respectivamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Destarte, essa atuação expansiva e ativista, nasce da necessidade de concretização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Muito embora essa intervenção do Poder Judiciário venha sendo crucial para a vida em sociedade, garantindo direitos fundamentais não regulamentados, há de fato, algumas objeções e limites a serem traçados à crescente participação do mesmo na intitulação da vida brasileira, dado o fato de que esta atitude mais ampla desse Poder pode de fato trazer conseqüências negativas à normativa da Constituição, assim como riscos para a legitimidade democrática, riscos de politização da justiça, de contrariedade a princípios constitucionais,

como o da Separação de Poderes e do Estado Democrático de Direito, de protagonismo do Judiciário, além de supremacia e hierarquia entre Poderes.

Diante de um comportamento de inércia e omissão por parte dos representantes dos Poderes Políticos, os quais, ordinariamente, com legitimidade representativa emanada do povo, deveriam exercer com mais rigor suas funções típicas e agir na implementação e regulamentação de Políticas Públicas que preencham o máximo das necessidades sociais, respectivamente pelo Poder Executivo e Legislativo, surge a necessidade de um minucioso cuidado e fiscalização do Estado na atuação dos representantes do Poder Judiciário, como forma garantir a efetividade das normas constitucionais em sua aplicação e ao mesmo tempo preconizar e defender a Constituição Federal, evitando-se a soberania de um Poder em relação aos demais.

Fato é que o Ativismo Judicial, quando cuidadoso e obediente aos limites constitucionais, tem se mostrado imprescindível e indiscutível na modulação e formulação da democracia no país, uma vez que ao preencher lacunas executivas e legislativas, atua na concretização de direitos e garantias fundamentais. Cumpre destacar deste modo, ser impossível nos dias atuais, evitá-lo ou extingui-lo.

No entanto, embora verificado como imprescindível e positivo atualmente, é fato que o Ativismo Judicial traz diversas consequências ao ordenamento jurídico brasileiro, dessa forma, como melhor alternativa a elucidar e permitir que esse fenômeno continue presente no sistema constitucional vigente, porém, de modo a respeitar a Constituição Federal e os direitos e garantias fundamentais nela presentes, foram traçados alguns limites a serem seguidos pelo Poder Judiciário, sob o prisma da própria Constituição Federal.

Sob esta ótica, propõe-se como forma de buscar nova solução, agora permanente e menos invasiva à sistêmica constitucional ora flexibilizada em diversos aspectos pela necessidade estatal e ao mesmo tempo social de concretização dos direitos e garantias fundamentais, uma possível proposta interventiva de reforma política e possível mudança no cenário constitucional atual.

## **1 DO CONSTITUCIONALISMO AO ATIVISMO JUDICIAL**

### **1.1 Noções preliminares ao Constitucionalismo**

Para compreensão da figura do Ativismo Judicial no cenário constitucional vigente, tal como seus motivos e conseqüências é peculiar a passagem pelo estudo dos principais marcos constitucionais e estruturadores do Estado, como a passagem do Constitucionalismo moderno ao Neoconstitucionalismo e evidente mudança de paradigma constitucional a partir da preocupação valorativa e concretização dos direitos e garantias fundamentais pelo Estado.

As Constituições brasileiras, inclusive a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora tenham como preocupação a garantia dos direitos fundamentais voltados à sociedade, nem sempre foram voltadas para este fim. É possível vislumbrar que em termos históricos, constituições ora revogadas como a de 1967, limitavam-se à organização política do Estado apenas, não traçando objetivos e meios eficazes à consecução dos direitos e garantias fundamentais nela previstos. Tal fato, visivelmente demonstrava a ineficiência de diversos dispositivos constitucionais que na prática não ganhavam aplicação e devida efetividade, implicando no prejuízo dos direitos da sociedade que, em decorrência dessa inobservância estatal, não possuíam sua concretização no plano material.

Notadamente, se iniciam alguns sinais de mudança com um vasto processo histórico e socioideológico passado pela Constituição Federal de 1988, sendo este fundamental à redemocratização e à mudança de paradigma antes sem força de aplicabilidade no plano fático. Por muitos doutrinadores e estudiosos, tal mudança é tida como processo de constitucionalização, conforme será abordado ao longo deste capítulo.

Faz-se necessária a compreensão do Constitucionalismo dentro de uma nova perspectiva constitucional formal e normativa, haja vista grande dificuldade no tratamento de discussões outrora pertinentes, principalmente relacionadas à sociedade. Vale ressaltar a importância do perfeito entendimento e estudo de um Constitucionalismo não apenas preocupado com a limitação do poder e organização estatal (formal), mas também fundamental à concretização de direitos expressamente previstos (normativa), o que em suma lhe confere um status dotado de garantista.

Constitui um movimento ideológico de organização das normas fundamentais dentro do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, localizadas na própria Constituição vigente. Deve-se a esse movimento social do Constitucionalismo moderno, a evolução da normatização e a modulação prática do tratamento de questões de interesse social.

Posto isso, preceitua Canotilho (1998, p. 51) que o “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”

Reforça a ideia de um movimento de estruturação no tocante ao respeito máximo das normas expressamente previstas, as quais com essa nova concepção, passam a contar com uma maior força normativa, o que implica diretamente na garantia de aplicabilidade e concretização dos direitos sociais atrelados aos casos concretos.

Tal movimento nasce como uma teoria e torna-se ideologia ao passo em que está apto a produzir resultados positivos à sociedade.

É possível vislumbrar que o Constitucionalismo, ora como ideologia, é o movimento associado à limitação jurídica do poder e conservação dos direitos e garantias fundamentais em aspectos jurídicos: enquanto que passa a ficar evidente o conteúdo valorativo do diploma normativo a que se encontra; e sociais: uma vez que preconiza a mobilização social que originou o constitucionalismo e findou inúmeras pretensões abusivas (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013).

Por sua vez, Kildare Gonçalves Carvalho, ao estabelecer uma perspectiva jurídica e sociológica acerca do Constitucionalismo, esclarece que:

[...] em termos jurídicos, reporta-se a sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que da sustentação a limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condição de estado [...] (CARVALHO, 2006, p. 211).

Reluta-se a essência dessa divisão ao separar perspectiva jurídica, embasada na Constituição Federal, escrita e repleta de leis formando um sistema normativo coercitivo, possuindo inclusive, força normativa maior que os próprios detentores do poder que a representam, e de outro lado, a perspectiva sociológica fundamentada na observância do poder desses representantes, os quais ordinariamente deverão, respeitando o princípio constitucional da impessoalidade, fazer valer e prevalecer os interesses da coletividade e nunca seus interesses próprios sobrepostos aos da sociedade.

A relevância dessa perspectiva sociológica atrelada ao Constitucionalismo e preconizada por Kildare Carvalho implica justamente na inviabilização da possibilidade do detentor do poder de agir com prevalência do interesse próprio em relação ao coletivo, com a principal finalidade de impor coercitivamente que seja aplicado o Constitucionalismo respeitando as regras e condições estatais ali vislumbradas.

O Estado é e sempre foi o principal responsável pela proteção e garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o processo de constitucionalização passou por diversas mutações e evoluções, das quais foi possível o alcance de resultados positivos nas relações constitucionais inerentes à vida em sociedade, ao passo em que o Estado garantir a promoção e proteção dos aludidos direitos fundamentais.

A ideia de um Constitucionalismo em um contexto histórico atrela-se a formação e caracterização do Estado, mais precisamente um Estado preocupado com as funções de racionalização e humanização a partir das leis, total mudança ao que se visualizava até ali, trazendo para tanto em seu surgimento a necessidade de proclamação de declarações de direitos (MORAES, 2012).

Foi deste modo, a partir das leis, que o Estado se viu na iminência de se preocupar com o perfeito regimento da vida em sociedade pela observância aos direitos fundamentais e assim buscar uma organização social e política, de controle político e maior observância à normativa constitucional como forma de limitar o arbítrio e o poder nas mãos dos governantes.

O movimento constitucionalista, conforme explanação de Pedro Lenza passa historicamente por uma constante evolução até a chegada a modernidade, onde se concentram com maior incidência os estudos contidos na presente monografia. Insta salientar que essa evolução passa pela antiguidade clássica com a chegada dos Hebreus e o Estado Teocrático, passando logo após pela Idade Média, onde surge como marco principal ao constitucionalismo a Magna Carta em 1215, sendo esse o mais importante à proteção dos direitos e garantias fundamentais, seguindo caminho até a idade moderna com alguns marcos importantes a serem ressaltados como o *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679, o *Bill of Rights* de 1689, e o *Act of Settlement*, de 1701, dentre outros. E por fim, antes de chegar ao constitucionalismo moderno e contemporâneo, passa pelo Constitucionalismo norte-americano, onde por sua vez, sofre também grande evolução para se tornar o que se apresentou na idade contemporânea com o constitucionalismo moderno abrindo portas à Constituição Norte americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791 (LENZA, 2015).

Os últimos marcos de evolução se encontram presentes no Constitucionalismo contemporâneo, com o totalitarismo constitucional, Constitucionalismo globalizado, dirigismo comunitário, direitos de segunda dimensão e direitos de terceira dimensão (fraternidade e solidariedade).

A evolução a que sofrera esse movimento, foi crucial a modulação do conceito constitucional que se perfez durante o passar do tempo até chegar aos dias atuais.

Provavelmente não se poderia alcançar essa nova realidade constitucional normativista, sem essas conquistas revolucionárias históricas e pertinentes no estudo do direito constitucional.

Em outras palavras, há de ressaltar que o Constitucionalismo se firmou e se instalou após varias evoluções e reestruturações a qual foi sujeito, justamente com o objetivo principal de limitar ainda mais o poder do Estado, contando para tanto com a adoção de um novo modelo estatal, agora preocupado com a limitação e divisão do poder, estabelecendo assim que quanto maior o controle do Estado, maior o nível de autoridade e conseqüentemente supremacia estatal.

Uma vez trazido e implantado a partir das evoluções, o Constitucionalismo nasce do Estado moderno e traz consigo a própria Constituição moderna, ideia essa atrelada a nova concepção constitucional que em um processo dogmático e reformador passou a se fazer necessário, ficando evidente na necessidade de mudanças de paradigmas constitucionais a partir das mutações sociais e políticas.

Portanto, é pertinente visualizar que tal processo de constitucionalização até a chegada ao presente Constitucionalismo moderno, trata-se do evidente desenvolvimento da ideia constitucional, que de forma objetiva e com finalidade de garantia, visa maior efetividade e preocupação com a organização estatal a partir do controle político, passando a refletir diretamente nas relações sociais e políticas.

## **1.2 Do Neoconstitucionalismo, também chamado de Constitucionalismo contemporâneo ou Pós-positivismo**

Após uma breve noção acerca do Constitucionalismo moderno, tal como sua importância e evolução no Brasil, se faz imprescindível a exploração do Neoconstitucionalismo como um dos fatores precursores aos novos paradigmas constitucionais que conseqüentemente deram origem ao movimento ativista.

Trata-se da ideia neoconstitucionalista, como a de uma nova concepção, agora com preocupações que vão além da mera organização estatal e controle político, saem de uma esfera aonde era apenas escrita para ganhar lugar no plano formal. É necessário explorar e compreender o Neoconstitucionalismo de modo a não apenas conceituá-lo, mas também passar por diversos fatores históricos culminantes a esse movimento, sendo estes cruciais aos novos valores e ideais de efetividade, adquiridos em todo esse processo axiológico e reformador.



Segundo Barcellos (2005, p. 83) “o prefixo neo parece transmitir a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o Constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu.”.

A priori, há de se destacar que a denominação do Neoconstitucionalismo é empregada para se designar ao novo Constitucionalismo contemporâneo aonde a Constituição Federal, diante de uma série de mutações ocorridas ao longo do tempo, torna-se apta a surtir efeitos e se modular de acordo com as necessidades sociais a partir do que foi considerado o novo constitucionalismo (neo).

Neste momento não mais se atrela ao Constitucionalismo à única concepção formal da Constituição, mais sim uma nova concepção agora axiológica e valorativa, como um fenômeno totalmente diferente daquele anterior, agora assegurador e garantista. O Constitucionalismo antigo e histórico dá lugar a uma nova perspectiva constitucional.

Diante da evidenciação da constante necessidade de mudança de paradigma e de uma reforma eficaz que se mostrava a Constituição Federal de 1988, surge nessa perspectiva, vindo a adquirir nova conjuntura e reconhecimento, apenas sendo evidenciado este diploma constitucional, um novo movimento e uma nova concepção constitucional, especificamente um novo processo reformador agora capaz de dirimir e dar efetividade a dispositivos constitucionais que tratam de direitos e garantias fundamentais, garantindo à sociedade o respectivo respaldo para a consecução de suas determinadas questões, movimento este conhecido como Neoconstitucionalismo, presente após o período de redemocratização de 1988 e da necessidade de continuidade de constitucionalização, pertinente na vida em sociedade brasileira, porém sob o aspecto material.

Insta salientar que o Neoconstitucionalismo, de acordo com o conceito de Pedro Lenza:

[...] visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente teórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais [...] (LENZA, 2015, p. 76).

De fato, traduz-se a necessidade de que os valores elencados na Carta Maior sejam, a partir deste contexto, aplicados ao caso em concreto. Aqui se perfaz a principal ideia do Neoconstitucionalismo dentro do Estado Democrático de Direito, sacramentando deste modo à procura pela maior efetividade das normas da Constituição. Normas essas capazes de mudar e garantir os anseios sociais que antes não ganhavam espaço concreto no plano material

constitucional, muito embora estivessem expressamente previstos no texto da própria Constituição e, diante da grande necessidade social do amparo estatal na resolução de suas demandas, amparo esse suficiente a que possa garantir e assegurar de forma não apenas formal, o dever da máxima efetivação do direito ao indivíduo que assim o tiver e necessitar.

Este movimento, ora um marco crucial para a modulação e intitulação da vida brasileira em sociedade, é o que de fato preserva, garante e promove os direitos previstos na Constituição Federal, que pôde, a partir desse marco, ser visualizada com uma nova formatação voltada à obediência e supremacia das normas constitucionais, em outras palavras, o Estado de Direito passou a dar espaço para um novo Estado Democrático de Direito agora com outras preocupações a serem perpetuadas.

Cumprir destacar como importante característica do Neoconstitucionalismo a concepção de uma nova postura hermenêutica, de interpretação constitucional, agora preocupada com a efetividade, supremacia e a força normativa da Constituição, de modo a impor a seus intérpretes a observância obrigatória à devida efetividade das normas constitucionais justamente aos devidos destinatários (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013).

Denota-se, com essa denominação do Neoconstitucionalismo, que a figura da própria Constituição Federal vai se reestruturando e tomando nova forma à medida que a crescente necessidade social e importância da máxima efetividade das normas constitucionais que garantam o perfeito equilíbrio e harmonia na vida em sociedade. Nesse sentido, há de se ressaltar alguns marcos desse novo movimento a fim de compreender seu surgimento e início no plano constitucional.

Um dos mais marcantes traços do Neoconstitucionalismo, enquanto reformador da concepção constitucionalista é a passagem e a substituição do modelo de Estado Legislativo para o Estado Constitucional de Direito, trazendo consigo uma nova roupagem à constituição no que tange a seu novo conteúdo axiológico e valorativo, como exemplo desses valores pode-se visualizar a justiça social (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013).

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos (2005) preceitua, do plano de vista material que:

[...] ao menos dois elementos caracterizam o Neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional [...] (BARCELLOS, 2005, p. 85).

Não obstante, conforme observação da autora supramencionada utiliza-se a denominação de um movimento axiológico, ou seja, valorativo e democrático, de fato, assegurador, como também a ideia de uma evolução em relação à expansão de conflitos específicos e gerais entre os indivíduos, agora com possibilidade e garantia de serem na falta de regulamentação, levados até o Poder incumbido de fazer e concretizar o direito dentro do próprio sistema constitucional, respectivamente, o Poder Judiciário.

Acerca de tal fato, a relevância para abordagens e discussões de temas constitucionais vem sendo imprescindíveis ao passo que o Estado, sob a égide da Constituição, diante da necessidade de mudança e cuidado com o bem estar social crescente em tempos atuais, deve dar o respectivo respaldo nas situações em que for incumbido. Nesse sentido, a figura do Neoconstitucionalismo aparece para modular e instituir de modo concreto a vida brasileira em sociedade.

### **1.2.1 O Neoconstitucionalismo como precursor ao movimento ativista a partir da necessidade de mudança do paradigma constitucional**

O Neoconstitucionalismo não apenas se atrela a conceitos históricos e passados. É importante tratá-lo e revesti-lo com caráter de importante novidade, ao passo que este não deixa de ser essencial à compreensão de um novo momento e uma nova concepção constitucional.

É inegável e impossível falar em um Estado Democrático de Direito atualmente, sem mencionar os poderes que o circundam e o organizam, tal como seus dispositivos e princípios dotados de normatividade. Dá-se tal concepção atualmente após um longo processo de redemocratização a que passa por diversos paradigmas constitucionais até o efetivo alcance que a Constituição Federal de 1988 trouxe atualmente à concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Após passagem crucial pelo Constitucionalismo moderno, o avanço nos permite aduzir que circunda hoje a concepção de que todo Estado deva possuir uma Constituição. Não obstante, a maioria dos países atualmente adota sistemas democráticos de soberania popular, principalmente após as diversas experiências testadas em sistemas opressores arrasadores, os quais em suma não forneciam meios e condições dignas de vida ao indivíduo. Tal ideia se perpetua no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais, afastando por terra a concepção opressora preconizada em antigos regimes (LENZA, 2015).

Foram a partir dessas experiências, que a doutrina hoje muito bem recepcionou e passou a desenvolver desde o início do século XXI, a Constituição com uma nova “roupagem”, principalmente no que a correlaciona com o Constitucionalismo, passando assim a ser denominado Neoconstitucionalismo pós-moderno ou por alguns, pós-positivismo (LENZA, 2015).

Pode-se ainda, considerá-lo o próprio Constitucionalismo moderno, o qual após a superação do Jusnaturalismo puro e Positivismo extremado, passa a estabilizar a concepção de que a figura do diploma constitucional deve de fato, trazer não apenas de forma escrita o alcance dos direitos e garantias fundamentais, mas sim, proceder com mecanismos capazes de romper aquele antigo paradigma e se preocupar com a devida aplicabilidade, com a visualização daquilo que se encontrava expresso, agora no plano material, adotando-se um novo modelo normativo axiológico. Deste modo, o Estado passou a possibilitar uma nova interpretação constitucional agora capaz de reconhecer a supremacia e a imperatividade de suas normas previstas na Carta Maior (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013).

Nesse sentido de mudança, aduz em sua obra Pedro Lenza em citação à Walber de Moura Agra:

[...] O seu modelo normativo não é descritivo ou deontológico, mas o axiológico. No Constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no Neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A Constituição como valor em si [...] (LENZA, 2015, p. 76).

Fato é que dessa nova realidade constitucional de não apenas se preocupar com o mundo formal de normas, mas também material, aos poucos, o sistema constitucional vem se reformulando e se estruturando de modo a não permitir que demandas sociais deixem de ser solucionadas ou apreciadas pelo Judiciário.

Com essa nova concepção e nova realidade constitucional, o conteúdo normativo da Constituição Federal de 1988 se reveste e ganha caráter ideológico material, de concretização e aplicação, não se limitando apenas a limitação do poder do Estado (LENZA, 2015).

Preconiza nessa linha Lenza (2015, p. 77) que “Nesse contexto, a partir do momento que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do Neoconstitucionalismo passa a ser encontrar mecanismos para sua efetiva concretização.”.

Um desses mecanismos a que foram traçados a partir da nova perspectiva constitucional, figurando como mais importante e principal quanto ao surtimento de efeitos é o início ao Ativismo Judicial, objeto dos estudos contidos no presente trabalho.

Fora, portanto, a partir do Neoconstitucionalismo, que se inicia o objetivo concreto de atribuir ao Poder Judiciário, por meio do STF, o poder de protetor da Constituição a fim de não permitir arbitrariedades e supremacia de interesses individuais sobre os interesses coletivos e sociais. Por consequência, essa perspectiva advinda de um novo constitucionalismo, aplicada diretamente na mudança a que o Estado de Direito necessitava, com uma nova roupagem e um novo objetivo de efetivação das normas constitucionais, inspirou o surgimento do Ativismo Judicial, sendo possível concluir e auferir o movimento pós-positivista ou neoconstitucional como precursor ao Ativismo do Poder Judiciário para melhor atender aos anseios sociais.

### **1.3 O Ativismo Judicial Brasileiro**

O processo reconhecido como culminante ao Neoconstitucionalismo, conforme exposto, ficou evidente pela busca do efetivo atendimento às demandas sociais, possibilitando a compreensão da necessidade de uma atuação do Estado na figura dos Poderes, de modo a tratar dos novos paradigmas que se contrapõem no seio social e que são levados até o Poder Judiciário para que este efetive, de fato, o direito.

A concepção constitucional do Poder Judiciário vem se reformatando e adquirindo nova forma como resposta a um movimento sócio ideológico que modifica o entendimento e a compreensão do texto constitucional, baseado na mutação constitucional, processo este jurídico hoje denominado constitucionalismo.

A sociedade, à medida que adquire os direitos e garantias previstas no corpo da Constituição Federal, enseja a aplicação e efetivação exata desses direitos, o que por vezes não se alcança apenas pela legislação, sendo necessária uma atuação proativa do Poder Judiciário, o qual, quando provocado, busca dar respostas a determinados casos concretos baseado no direito material, ainda que não regulamentado. Esta atuação proativa do Poder Judiciário é denominada Ativismo Judicial.

Dessa forma, é possível aduzir que o Ativismo Judicial surge da necessidade social em ter suas demandas antes esquecidas, agora apreciadas e resolvidas pelo Estado, que por sua vez, se utiliza dos Poderes constitucionalmente previstos e separados para legislar, administrar ou julgar, cada um em sua função principal sendo respectivamente, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, assim, incumbidos de funções típicas e atípicas.

Faz-se necessário compreender que na maioria das vezes é o Poder Judiciário quem realizará o Ativismo Judicial, dado o fato dos direitos constitucionalmente garantidos e

previstos, ensejarem regulamentação própria para sua concretização e perfeita efetividade, logo, o Ativismo Judicial nada mais é do que a própria atitude proativa do Poder Judiciário que defronte a um direito fundamental previsto na Constituição, porém não regulamentado e provocado a dirimir aquele determinado conflito, acaba atuando em razão da inércia dos demais Poderes, justamente para garantir aquele destinatário, a concretização do direito, por regra, pela omissão do Poder Legislativo que ordinariamente era o considerado legítimo para legislar diante da determinada matéria que ensejou o ativismo.

Nesse sentido, como reflexo de toda uma repercussão social de anseios a que fora referido, nasce o fenômeno do Ativismo Judicial.

Sob esta ótica, nas palavras de Luis Roberto Barroso:

[...] 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. Em muitas situações, sequer há confronto, mais mera ocupação de espaços vazios [...] (BARROSO, 2009, p. 6).

Com isso, as demandas sociais a que necessitem do alcance dos direitos fundamentais constitucionais frente ao modelo neoconstitucional, faz-se por meio do ativismo do Poder Judiciário como responsável suplente nas decisões que se exigem a materialização de referidos direitos, saindo deste modo de sua seara de atuação principal para atuar de forma expansiva e garantista, no que foge de sua competência originária prevista na própria Constituição Federal.

Acerca da função constitucional a que pressupõe o Ativismo Judicial, preceitua Elival da Silva Ramos que:

[...] 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). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes [...] (RAMOS, 2010, p. 129).

Nitidamente, preconiza-se a evidente expansão a que se trata o Ativismo fora dos limites previstos e estabelecidos na própria Constituição vigente.

Por seu turno, Leal (2010, p. 24) conceitua o Ativismo Judicial como “uma atuação mais marcante dos tribunais em relação a temas normalmente debatidos em outras esferas também democráticas de decisão, tais como o Poder Executivo e o Poder Legislativo.”

Figuram-se aqui demandas sociais de largo cunho, de abrangência generalizada e que em regra ensejam a devida regulamentação específica para sair da esfera do texto constitucional e ganhar efetividade no plano material e no caso concreto, todavia, nesse cenário constitucional anterior ao processo de reformulação, as mesmas demandas nunca adquiriam status e nunca eram admitidas com apreciação pelos poderes e representantes, muito embora fossem normalmente levadas até eles pelo indivíduo que por vezes visualizava a necessidade de encontrar e possuir a quem solicitar o amparo capaz de concretizar o seu direito já previsto, fato este que culminava no total desamparo à sociedade e à forte necessidade de uma nova realidade de Constituição que assim reestruturasse, de modo a romper completamente o paradigma constitucional até ali presente.

Por outro lado, trazendo como precípua ideia da formação do Ativismo do Poder Judiciário, Marco Aurélio Romagnoli Tavares preceitua que:

[...] Dentro das relações de poder, intrínsecas ao Estado, surge a figura proeminente do Judiciário, hoje o poder em voga no Brasil, já que está em curso uma gradativa execução de uma forma de Ativismo Judicial, capitaneado pelo STF, ou seja, diante da clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos [...] (TAVARES, 2011, p. 105).

Assim, denota-se total importância no devido suprimento de eventual lacuna que cause prejuízo direto ao direito de qualquer indivíduo, explicando-se o preenchimento imediato e objetivo de constantes omissões presentes, principalmente pelo Poder Legislativo, um dos principais representantes políticos dos interesses sociais. Portanto, diante do cenário constitucional em que se encontra a atualidade, para a própria defesa da Constituição, é plenamente viável a garantia de que o Judiciário tome para si, desde que provocado e viabilize de fato a aplicabilidade de um direito fundamental, do que se coloque em risco à espera de uma nova legislação que o faça.

#### **1.4 Ativismo Judicial x Judicialização; diferenças entre as duas principais formas de interferência do Poder Judiciário nas relações sociais dos brasileiros**

Objeto de constante discussão e muitas vezes confusão, o Ativismo Judicial muito embora semelhante e entrelaçado ao tema da Judicialização, se diferencia no tocante a

significado e momento. É pertinente vislumbrar que o Poder Judiciário, precisamente o STF, como guardião precípua da Constituição, atribuído pelo caput artigo 102 da CF/88 que aduz: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...”, por vezes se encontra na iminência de resolver conflitos políticos, morais, ou sociais, os quais como regra, deveriam ser apreciados pelo Poder Legislativo ou Executivo.

A principal indagação quanto a essa discussão se faz no momento em que se percebe que o Judiciário, ao sair de sua esfera de atuação originária e adentrar na seara de outros poderes, vindo assim a “legislar”, “administrar” ou simplesmente decidir de modo diverso do decidido por outro Poder, diante de nova perspectiva social, estaria realizando o fenômeno do Ativismo Judicial ou o da Judicialização? Para responder a tal indagação, é imprescindível que se diferencie sucintamente essas duas formas de atuação do Poder Judiciário.

Tem-se por Ativismo Judicial, na concepção de Medeiros (2016), o movimento que surge a partir do Neoconstitucionalismo, advindo com a perspectiva de um novo paradigma constitucional capaz de efetivar e concretizar os direitos e garantias a sociedade, no qual o Poder Judiciário é incumbido de dar solução a conflitos sociais quando omissões legislativas inviabilizem o perfeito exercício do direito, ocasião que este atuará, pela inércia do Poder Legislativo, presumindo-se tratar de uma tentativa de maior participação do Judiciário de forma ampla e de modo a concretizar o que pela inexistência de lei, prejudica direito de alguém, o que faz nascer um conflito.

Nesse sentido, ainda para Medeiros, para que haja o efetivo Ativismo Jurídico, é necessário que haja um conflito, que poderá ser político, social ou moral, que levado ao Judiciário, poderá ter sua questão apreciada e resolvida, desde que não haja ainda lei que regulamente e torne viável o exercício de determinado direito ou garantia constitucional. Insta salientar que é essencial que haja a provocação do Poder Judiciário, o qual só poderá agir se até ele chegar à questão a ser resolvida (MEDEIROS, 2016).

Outrossim, para Barroso (2009), a Judicialização deve ser entendida como forma de intervenção e participação do Poder Judiciário na forma de decisões que envolvem cunho político e social, sendo principalmente questões de políticas públicas e ou de controvérsia na sociedade. Ocorre a Judicialização quando uma questão política ou social está sendo apreciada pelo Judiciário, ainda que devesse ser resolvida pelo Poder Legislativo, pelo cunho político e representativo que possui, mesmo já havendo lei que regulamente especificamente tal matéria, e ainda, como no Ativismo Judicial, a Judicialização depende necessariamente de que haja provocação do Judiciário.



Como principal diferença a se visualizar, é pertinente destacar que enquanto no Ativismo Judicial o Judiciário atua proativamente, sem a existência do devido respaldo legal de uma lei antes feita pelo Poder Legislativo capaz de tornar viável um direito ou garantia constitucional, na Judicialização, embora extremamente semelhante, o Judiciário atua fora de suas competências principais e típicas, porém, totalmente baseado em lei, pois nesse caso, já existe uma lei que trata diretamente daquela determinada questão política ou social, a qual por algum motivo passou a ser passível de discussão e apreciação do aludido Poder Judiciário, tido nessa nova concepção constitucional como sendo um garantidor e agora responsável por não apenas dizer, mas ainda incumbido de aplicar e concretizar em último caso o direito, como inteira medida de justiça a sociedade.

Cumpra destacar por fim, conforme explanação de Barroso (2009), que a Judicialização surge de um modelo constitucional que passou a ser praticado, não vindo a existir por mera vontade política, por outro lado, no Ativismo Judicial é possível aduzir que há de fato uma escolha incumbida a um magistrado, o qual poderá interpretar e aplicar as normas constitucionais a fim de lhes dar maior amplitude e garantia de que se exteriorizem e cumpram todos os efeitos os quais devam cumprir.

Diante do exposto, deve-se assim, vislumbrar-se que a Judicialização é uma consequência da própria Constituição de 1988, como opção do constituinte ao ditar uma Constituição abrangente quanto a seu controle de constitucionalidade e que de fato da essa opção ao Poder Judiciário uma vez que é amparado por lei, diferentemente do Ativismo Judicial onde não existe respaldo legal e diante de provocação, como opção, o juiz atua de forma proativa, vindo assim a suprir omissões legislativas no que tange a direitos e garantias fundamentais.

### **1.5 Ativismo como instrumento de concretização dos direitos fundamentais**

O Estado, por meio dos poderes e mecanismos a ele atinentes, é incumbido da importante função de tutelar os direitos dos indivíduos a que o compõe. Visível é o fato de que essa tutela indisponível ocorre na figura da própria Constituição se modulando e estabelecendo instrumentos e meios que com grande força normativa, garantam de forma concreta e asseguradora, a materialização do que se encontra expressamente previsto em seu texto principal.

Surge a partir dessa necessidade de uma nova Constituição Federal, que além do cuidado com as normas concernentes a um controle político, garanta com atribuição de uma

maior força normativa, a máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais, o fenômeno ativista, logo um evidente processo sócioideológico que se desenha e se aperfeiçoa no ordenamento jurídico brasileiro ao passo em que a sociedade sempre necessita de respostas e resoluções de seus conflitos por parte do Estado, o qual diante dos mecanismos de que dispõe, busca garantir com efetividade o que é de direito.

Somente é possível discutir a atuação do Poder Judiciário como forma de auferir seu devido funcionamento no meio social, uma vez que o grande motivo de tal afeição se dá pela existência de direitos e garantias já previstos, inerentes à pessoa humana e que encontram-se previstos no texto constitucional para serem efetivados e aplicados, alguns de eficácia plena, logo aptos a surtir efeitos, outros de eficácia limitada, necessitando como condição, a devida regulamentação por parte do Poder Legislativo a que permita uma produção de efeitos sociais, o que permite aduzir não ser suficiente a previsão expressa na Carta Maior dos direitos.

Cumprido destacar que a ideia de uma Constituição Federal, é justamente a de que haja dentro de uma sociedade, um conjunto de leis capazes de ali organizar e estruturar o que regerá a vida e todas as suas relações, todavia, embora imprescindível seja a previsão expressa e a garantia do que ali se visualiza, é pertinente e necessário que haja uma preocupação estatal que de fato concretize o que no texto se determina, de modo a não permitir arbitrariedades, abusos ou que no caso, eventuais omissões legislativas e executivas venham causar prejuízo considerável ao indivíduo.

Assim, após vasto processo de redemocratização e constitucionalização, passou a ser essencial a atuação proativa do Poder Judiciário como braço do Estado na concretização dos direitos e garantias fundamentais existentes, de modo a não deixar sem resposta a sociedade, e garantir a máxima aplicabilidade do teor constitucional.

Trata-se de direitos e garantias fundamentais adquiridos ao longo das constituições remanescentes e imprescindíveis à figura do Estado, que por seu turno, muito embora previstos e normatizados, ensejam para sua aplicação e concretização, outros meios eficazes capazes de sair do papel, e se exteriorizar. Nesse sentido, compreendendo o Ativismo Judicial e vislumbrando-o dentro do ordenamento jurídico, é necessário explorar seus fundamentos, suas justificativas e sua relevância dentro de um meio social, vez que se tornou essencial à conquista de muitos direitos tidos como fundamentais e principalmente como se perfaz atualmente nas decisões judiciais.

Conforme fora mencionado, nasce de constituições mais antigas os novos paradigmas acerca a efetividade da Constituição, tal como sua aplicação e garantias, que circundam, se apresentam, divergem e mudam a cada conflito que necessite de resolução. Entretanto, é

imprescindível que haja o devido cuidado e a devida precaução, vez que não poderá está necessidade social estar a todo custo. Ainda que sejam garantidos tais direitos à sociedade pelo Estado, indaga-se quanto ao respeito aos princípios e normas constitucionais, os quais por vezes são relativizados ou diretamente violados de forma exorbitante, colocando em risco a justiça, ou ainda, tornando-a um fator político.

Partindo-se da premissa de que o Ativismo Judicial permite uma interpretação constitucional do Poder Judiciário acerca de determinado assunto que necessite alguma condição para sua efetividade, é necessário visualizar que em alguns casos concretos onde houve essa aludida participação mais ampla do Poder Judiciário no sentido de concretizar o direito, não mais seria possível o fazer de outra forma, estando assim em risco o teor constitucional e a aplicabilidade de suas normas em relação à sociedade.

Como exemplo de alguns anseios sociais que ensejaram uma atuação proativa do Judiciário, pode-se citar a concessão do direito constitucional de greve aos funcionários públicos, que por ser uma norma constitucional de eficácia limitada, necessita para sua aplicação a regulamentação de lei específica capaz de viabilizar o livre exercício deste direito, sendo assim, uma vez não regulamentado pelo Poder Legislativo, grande parte de servidores eram lesados ao não poder exercer seu direito constitucional de greve, levando seus pleitos ao Poder Judiciário, para que assim, como guardião da constituição, concretize o direito e o garanta. Deste modo, o judiciário na posição de garantidor, se viu responsável pela situação e na iminência de resolvê-la, determinando em forma de decisão nos mandados de injunção n° 712/PA, 670/ES e 708/DF, que até que se regule a lei que trata da greve dos servidores, os mesmos aproveitarão da lei de greve disciplinada para os funcionários em geral, regidos pela CLT, o que de fato, concretizou a possibilidade do exercício do direito de greve pelos funcionários públicos, que antes era inviabilizado (PINTO, 2013).

Verifica-se o constante Ativismo Judicial no julgamento da ADIn 4277 e da ADPF 132, sobre a possibilidade de união homoafetiva e de gozo integral dos mesmos direitos atinentes a união estável entre o homem e a mulher, aonde enquanto o Poder Legislativo se mantém inerte diante de uma questão social que passou a necessitar de uma nova hermenêutica constitucional, cujo Poder Judiciário atuou de modo a garantir a isonomia.

Trata-se de uma interferência do Poder Judiciário na seara do direito de família, onde embora já houvesse legislação, está passou a ser considerada inconstitucional a partir das mutações constitucionais e dos novos valores perpetuados na sociedade, ocasião em que deveria o Legislativo, diante dessas mudanças, proceder com as devidas alterações legislativas, de modo a garantir a máxima efetividade da constituição a todos de forma

igualitária. Nessa decisão ativista, o STF entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar, e que a ela são pertinentes todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre mulher e homem, logo, passou a ser legal, por decisão do Poder Judiciário, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, alterando-se o texto constitucional do artigo 226, §3º da Constituição Federal que reconhecia a união estável apenas entre o homem e a mulher e ainda, o artigo 1723 do Código Civil que reconhecia como entidade familiar à união estável também entre homem e mulher (CHAVES, 2011).

Portanto, nessa ocasião, o Ativismo do Poder Judiciário se justifica pela total indolência do Poder Legislativo, para que não se diga “acovardamento”, uma vez que tratava-se de um assunto polêmico e não foi resolvido mediante legislação, e assim, o Judiciário, nessa iminência se mostra garantista no que tange aos direitos fundamentais, garantindo deste modo a dignidade de todos os seres (CHAVES, 2011).

Uma das principais e mais importantes atuações do Poder Judiciário no que tange ao Ativismo Judicial, é a concessão judicial de medicamentos gratuitos aos indivíduos que não tendo condições financeiras para comprar, tem seu direito à saúde, assegurado pelo Estado por meio do Poder Judiciário. Trata-se de uma importante conquista à sociedade uma vez que embora a própria Constituição Federal de 1988 traga em seu texto o direito à saúde, a complementação desta norma ainda traz que será exercido tal direito por meio das Políticas Públicas implantadas pelo estado em forma de lei, como competência e função típica do Poder Legislativo.

Com efeito, aduz o artigo 196 da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Assim, esse direito à saúde enquanto obrigação do Estado deve em regra, ser garantido mediante Políticas Públicas implementadas pelo Poder Executivo e regulamentadas pelo Legislativo, podendo ser feito por parte do Judiciário excepcionalmente, apenas diante de omissão executiva ou legislativa que cause prejuízo direto ao indivíduo.

Todavia, diante de omissão no que concerne a criação dessas efetivas Políticas Públicas pelo poder competente, não poderia o indivíduo carecer de seu medicamento sem ter as condições financeiras necessárias à sua obtenção ou ainda, de um eventual procedimento cirúrgico de urgência, o que de fato, incumbiu ao Poder Judiciário que mediante provocação, garantisse e concretizasse esse direito como meio de proteção da saúde daquele indivíduo e da

própria Constituição Federal, o que acontece em diversas decisões de processos com pedidos de liminar e tutelas provisórias antecipadas e de urgência.

Foi também o Ativismo Judicial, instrumento para a garantia do direito constitucional a individualização de pena, previsto no rol de seu artigo 5º, uma vez que após a implementação da Lei 8072/90, de que trata dos crimes hediondos, passou a ser admitido e obrigatório o regime inicial de cumprimento de pena fechado, com força do artigo 2º desta referida lei, o que violava visivelmente a Constituição e o próprio Código Penal, ocasião em que o STF, diante de uma inconstitucionalidade causada pelo Poder Legislativo, atuou no sentido de alterar o teor deste artigo, determinando deste modo que será fixado o regime de cumprimento inicial de pena, de acordo com as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, e não pela gravidade e hediondez do delito ou pela opinião do julgador. (NUNES, JÚNIOR, 2010).

Resta salientar por fim, que outro comportamento ativista do Poder Judiciário por intermédio do Supremo Tribunal Federal é o julgamento da ADPF 54, acerca do aborto em feto anencéfalo, onde após grande repercussão e discussão principalmente por parte da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde – CNTS chegou até a Suprema Corte para buscar a devida interpretação que melhor beneficie a mulher e o próprio feto. Na ocasião, diante de mais uma omissão legislativa no que tange a resolução da falta de permissão do aborto de feto anencéfalo, o STF entendeu que cabe a mulher e não ao Estado balancear os valores e os sentimentos de ordem privada, para assim melhor optar e decidir pela interrupção da gravidez, ou seu prosseguimento, o que de fato, expandiu o leque de possibilidades conferidas à mulher que vivencia esses casos (PINTO, 2013).

São essas algumas decisões ativistas do Poder Judiciário aonde o STF, na iminência de ser o defensor das minorias e garantidor da perfeita harmonia entre a Constituição e a sociedade, cumpre seu papel de forma segura, justa e correta na maioria de suas decisões, quando se resguarda e atua nos limites da necessidade social ou da guarda da Constituição Federal.

Em todas essas alternativas promovidas pelo Poder Judiciário, foi possível perceber uma nova conquista social, com novas possibilidades ou ainda, com a garantia de efetivação do exercício dos direitos e garantias previstos na Carta Magna, logo, ainda que fonte de discussões e críticas, o Ativismo Judicial atualmente é considerado o principal mecanismo do Estado na busca da concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Desde o Constitucionalismo e todo o processo de redemocratização do Estado, passado pelas conquistas constitucionalistas, a chegada ao Neoconstitucionalismo e as demais

evoluções atinentes no que tange a eficácia e guarda máxima da Constituição Federal, a partir da nova concepção valorativa e de aplicação normativa que justifica uma maior preocupação do Estado nas relações sociais que dependem da perfeita harmonia entre a Constituição e a própria sociedade, compreende-se ser o Ativismo do Poder Judiciário, parte da solução ao problema da ineficiência das normas constitucionais.

Um Poder Judiciário limitado, responsável e cuidadoso, atuando de forma consciente de modo a preencher as lacunas capazes de causar prejuízo direto a sociedade e à supremacia da Constituição como exceção e não como regra, tende a ser provisoriamente a chave para o alcance da guarda máxima do texto constitucional e da perfeita harmonia entre a sociedade e o Estado, vez que será possível garantir a aplicabilidade de toda forma, ainda que pendente a regulamentação pelo Poder Legislativo.

No entanto, caso não contida e cuidadosa, de fato, essa atuação proativa do Poder Judiciário é o que coloca em alerta à sociedade para a observância ao modelo constitucional trazido pela Constituição Federal de 1988, sobretudo no momento em que se presume a soberania de um Poder em relação aos demais. Há um vasto risco na possibilidade de um Poder Judiciário na crescente função de criar, modificar ou extinguir leis, de modo a estar em ascensão no cenário constitucional.

## **2 DO PODER JUDICIÁRIO EM ASCENSÃO**

### **2.1 STF, o guardião da Constituição Federal**

Pertinente e peculiar é a visualização do Ativismo Judicial, como ocorre e toma forma no ordenamento jurídico, como também nitidamente ganha relevância e importância ao passo em que com sua atuação, produz resultados positivos a sociedade e conseqüentemente ao próprio Estado.

Desde as Constituições mais antigas, de fato, o Estado já necessitava da figura dos Poderes, devidamente separados e com as suas competências devidamente instituídas e estabelecidas de modo a não apenas cuidar da organização política estatal, mas também agir de modo positivo no cuidado com a prevalência maior da Constituição em consonância a qualquer outro dispositivo, estando ela no topo da pirâmide vertical que há entre a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais posteriores, tal como ainda o cuidado com a evolução e a melhora na aplicação e concretização dos direitos fundamentais.

A Constituição atribui ao Poder Judiciário importante função jurisdicional e tutelar. Pode essa função ser entendida como meio mais conveniente e imparcial para que o Estado exerça de modo efetivo uma função imprescindível na guarda dos interesses e na resolução dos conflitos buscando atrelar essa busca da solução com o Poder Judiciário, com o alcance da verdadeira justiça (LENZA, 2015).

Busca-se com a tutela jurisdicional conferida ao Estado uma pacificação ou o mais próximo que se possa dela chegar ao caso concreto. Aqui, a figura do estado é responsável por dizer o direito e o materializar, deste modo, intervir para solucionar o conflito anteposto, sempre por meio de um processo (LENZA, 2015).

Cada Poder, respectivamente Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, componentes e integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, possui sua competência e fundamento a ser compreendido partindo da premissa de que o Estado conta diretamente com a atuação efetiva de cada um em sua auto-organização e sua estruturação, tal como para manter a supremacia da Constituição Federal. Assim, conforme a estrutura trazida por Montesquieu, exaltada por Pedro Lenza, cada função corresponderia a um órgão, não mais concentrado nas mãos de um único soberano, como era no absolutismo (LENZA, 2017).

É nesse sentido que se torna imprescindível que haja exclusivamente um Poder, qual seja: o Judiciário, com competência típica distribuída na Constituição Federal, expressamente prevista no caput de seu artigo 102, CF/88, capaz de guardá-la e protegê-la, de modo a certificar e fiscalizar se no cenário constitucional vigente tudo ocorre conforme seu texto pede, e ainda, que seja esse Poder capaz de dirimir conflitos que atinentes a ela circundam no ordenamento jurídico. Cabe essa aludida função, como principal órgão do Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal.

Preconiza Silva (2015) que surgindo o Supremo Tribunal Federal pela influência do sistema norte-americano e o europeu, e sendo a principal defesa do Estado na concretização da justiça e aplicabilidade das normas presentes, se apresenta como forte armadura, que deve estar sempre preparado e se colocar em prontidão para eventuais ataques que a Constituição Federal possa vir a sofrer. Explica-se deste modo o Supremo ser considerado o tribunal de última instância, no topo da pirâmide jurisdicional.

Conforme os dizeres de Lenza (2015) é possível apontar três características básicas da jurisdição, “quais sejam: lide, inércia, e definitividade” estando a primeira atrelada a ideia do Poder Judiciário por meio da Jurisdição contenciosa, atuar diante de uma pretensão resistida, até então insatisfeita. Tal pretensão ao se exteriorizar e se tornar uma insatisfação pela outra parte, nasce à figura de uma lide, a qual caso não seja dirimida pelo causador do conflito,

poderá se assim quiser o lesado levar a apreciação do Poder Judiciário para que este pacifique a situação com justiça; a segunda ideia, da inércia, se contrapõe ao princípio da inafastabilidade que não permite que o poder Judiciário, diante de provocação a lide, “cruze os braços” e se mantenha inerte, uma vez que haja provocação, o Judiciário possui o poder-dever de atuação diretamente no caso concreto (aqui uma das ideias mais relevantes e pertinentes acerca da necessidade da ocorrência de um Ativismo Judicial ocorrer no atual Estado democrático brasileiro); e por fim, não obstante, a característica da definitividade permite aduzir que no Brasil, atualmente, só se confere caráter de coisa julgada definitiva ao Poder Judiciário, estando por ventura, adstrito ao Judiciário às decisões de outros poderes.

Diante do exposto e diante do princípio da inafastabilidade com fins de assegurar a supremacia da Constituição Federal, nasce à explicação e a justificativa para o termo adotado pelo próprio artigo 102 CF/88 do “STF como guardião da Constituição Federal”.

Nesse sentido é que a partir da visão neoconstitucionalista e garantista que fora introduzida na nova concepção constitucional, é que se atrela a ideia do STF, sendo órgão máximo e principal representante do Poder Judiciário, intitulado com a responsabilidade de ser o guardião das normas e princípios constitucionais, de modo que mesmo violando alguns preceitos ligados a competência e função prevista na separação de poderes, o Judiciário atue na garantia de sua efetivação.

Recebe o STF, competências originárias e específicas advindas da própria Constituição. Enquanto o TJ é o maior órgão do âmbito estadual que integra o Poder Judiciário, o STF é o maior órgão do âmbito federal.

O STF, como principal responsável pela guarda da Constituição e maior representante do Poder Judiciário, possui de fato funções, atribuições e competências diferentes dos outros poderes, vez que sua função principal é julgar e apreciar causas de caráter especial. Prova disso é que, tem-se o requisito da repercussão geral o qual filtra as questões constitucionais a serem discutidas, utilizando-se da repercussão geral para evitar que o STF julgue brigas irrelevantes ou particulares e causas insignificantes, vez que se trata da mais alta corte (LENZA, 2015).

Nesse sentido, Lenza (2015) preceitua que o requisito da repercussão geral, após ter sido criado e vigorado nas discussões constitucionais, passou a ser de grande utilidade e colaboração ao STF. Consiste tal requisito em uma técnica de filtro constitucional, isto é, uma limitação e concentração maior a atuação do Supremo nas decisões que não estejam destituídas de repercussão geral. Por seu turno, trata-se a repercussão geral de um requisito de



admissibilidade do recurso extraordinário, que é recurso interposto em face do STF em estância máxima.

Acerca disso, vislumbra-se que o STF na constante obrigação e responsabilidade de guardar a Constituição, por vezes, poderá sair de sua seara de atuação, respectivamente jurisdicional, para atuar na seara de outro poder pela inércia a que se proporá. Destarte, essa atuação de caráter proativo e expansionista, tende a violar princípios e preceitos constitucionais quando ocorrida de forma a ultrapassar os limites constitucionais. Como exemplo, o Poder Legislativo, ao não regulamentar uma norma de eficácia limitada a que dependa um direito ou garantia fundamental, comete assim, inconstitucionalidade por omissão, matéria essa de controle concentrado de constitucionalidade do Poder Judiciário.

Para essa efetivação do direito em questão que não possui regulamentação, e diante de um comportamento de omissão por parte do Poder Legislativo, onde se encontram os legitimados escolhidos mediante voto popular para representação popular, resta ao Poder Judiciário, por meio do STF o poder-dever de não apenas dizer o direito, mas também aplicá-lo ao caso concreto, realizando assim, sumariamente, a função típica do Poder Legislativo ao legislar.

Nesse sentido, muito embora o principal controle concentrado de constitucionalidade presente no Poder Judiciário, para uma questão de omissão legislativa seja a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), a própria Constituição prevê um remédio constitucional com maior efetividade, capaz de ir além da possibilidade de se dar eficácia subjetiva limitada às partes, e também de produzir efeitos até o advento da norma regulamentadora. Esse intitulado remédio constitucional específico a casos de direitos e garantias fundamentais expressamente previstos, porém não regulamentados denomina-se Mandado de Injunção e é regulamentado pela Lei nº 13.300/2016 (LENZA, 2017).

Contudo, perceptível é que para ser de fato o guardião da Constituição Federal e honrar essa responsabilidade, o STF, sobretudo precisa passar com equilíbrio e força por diversas barreiras, cabendo-lhe inclusive, atuar no suprimento legal pela omissão de uma função essencial que em regra deveria ser realizada por outro Poder.

Tal judicialização a que se submete o Poder Judiciário por meio do STF é fundamental a que se concretizem os direitos elencados como fundamentais no texto da Constituição ao se concretizarem dentro dos limites constitucionais, respeitando os preceitos e princípios e que ocorra com um único objetivo que vise o bem estar social, tem-se a figura positiva do Ativismo Judicial, tida com bons olhos dentro do Estado democrático de direito a que vivemos.

## **2.2 Das funções típicas e atípicas do Poder Judiciário; formas de controle do Estado**

O Estado, como principal responsável pela propícia condição de vida do ser social, possui as mais variadas funções de cuidado, garantia, promoção e proteção dos direitos e garantias constitucionais inerentes a pessoa humana. Foi possível aduzir com a longa explanação do fenômeno ativista desde a concepção da ideia do Neoconstitucionalismo, que o aludido fenômeno do Ativismo ocorre de fato, pela gigante responsabilidade da qual possui o Estado de corresponder e responder diretamente aos anseios sociais levados como pleito e discussão até o seu conhecimento.

Dessa forma, inegável é a importância da devida divisão e Separação de Poderes existente no modelo constitucional brasileiro e advinda desde a antiguidade, tal como a atribuição de suas funções.

Assim, assiste razão o devido e minucioso cuidado que deve haver entre a separação e atribuição das funções dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a fim de que ocorra o perfeito funcionamento do que se determina na Constituição Federal. Assim sendo, a própria Constituição trata de devidamente organizar e separar as competências, atribuindo a cada poder, funções típicas e atípicas a medida de suas características e possibilidades.

Impossível seria manter o controle estatal, político e social, quando desorganizados, sem harmonia, com preponderância de um em relação aos demais ou protagonizando atuações que o façam ter status de poder soberano, logo, o artigo 2º da Constituição Federal tratou de estabelecer, a partir da Teoria da Separação de Poderes, advinda da antiguidade e adotada na maioria dos países, justamente para equilibrar e estabelecer um Estado que de forma imparcial, se utilize de seus Poderes devidamente organizados e harmônicos como instrumento capaz de resolver os conflitos que se contrapõe ao teor constitucional e ensejam atuação imediata, eficaz e correta para que não se coloque em risco a própria Constituição e os direitos sociais que ali se encontram.

Conforme disciplinado na própria Constituição Federal, como forma de organização, o Estado atribui para cada um dos Poderes, funções típicas atípicas, as quais encontram respaldo legal e não ensejam violação ao artigo 2º da Constituição Federal ou a Separação de Poderes, uma vez que há permissão expressa de atuação de cada poder em determinadas matérias cuja competência originária e principal seria de outro poder.

Deste modo, o Estado para tanto, não apenas distribuiu as funções de modo a organizar e controlar a sociedade, mas também providenciou prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las (MORAES, 2015).

Como exemplo, a função típica do Poder Judiciário é a função jurisdicional, de dizer o direito e garantir que o mesmo seja aplicado, vindo assim a não permitir riscos de ineficiência dos direitos e garantias fundamentais, mas ainda, não apenas incumbido de aplicar a lei em conflitos, possui o Judiciário algumas funções atípicas de natureza administrativa e legislativa, como exemplo de sua função atípica administrativa, pode-se citar a concessão de férias de seus membros e serventuários como o provimento dos cargos de magistrado naquela determinada jurisdição, e ainda, como função atípica legislativa, ao Judiciário é possível editar normas regimentais e elaborar seus regimentos internos (MORAES, 2015).

Tal função jurisdicional do Poder Judiciário, a qual é típica e principal, pode também se chamar jurisdição e se atrela a ideia de que haja para aquele determinado caso concreto um magistrado capaz de solucionar o conflito ali trazido, realiza-se em um sistema de composição de conflitos de interesses ou então de composição de lides. A jurisdição hoje é o principal mecanismo conferido ao Poder Judiciário pelo Estado para dizer o direito e decidir sobre tal. Enquanto a principal função do Judiciário no Estado é a jurisdição, a principal função do Legislativo e Executivo são legislação e administração, respectivamente (SILVA, 2015).

Sílvio Dobrowolski, de modo a justificar um Judiciário proativo e garantista, aduz que:

[...] A exposição procedida nos tópicos anteriores conduz à certeza, de que o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um “governo de juizes”, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição da autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado. De outra forma, não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos super-poderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas [...] (DOBROWOLSKI, 2011, p. 99).

Nesse sentido, o próprio sistema constitucional vigente e incorporado a partir das novas concepções trazidas, sobretudo no Neoconstitucionalismo e no processo de redemocratização, traz consigo a ampla necessidade de que os magistrados encarem a responsabilidade, por vezes de garantir e assegurar a efetivação de tudo que ali se encontra previsto, pois não haveria sentido manter o texto constitucional completo e estruturador para o regimento da vida em sociedade, sem instrumentos hábeis a garantir a sua obrigatória e devida

aplicação no meio social. De fato, encontra-se tal função garantidora no próprio Poder Judiciário, o que explica a grande expansão a que é exposto.

Contudo, justamente pelo fato de existir na própria Constituição mecanismos que permitem e estabelecem que os órgãos exerçam funções uns dos outros quando necessário, na forma atípica, implantou-se no direito constitucional a necessidade de resolução dos conflitos através dos Poderes, uma vez que possuem a prerrogativa garantida pelo próprio Estado, e são instrumento na busca da efetividade das normas e do controle da vida em sociedade, dando ensejo assim, ao próprio movimento ativista do Poder Judiciário.

Este, muito embora não seja um poder soberano e superior em relação aos demais, recebeu diretamente da Constituição a missão de aplicar a lei e garantir a sua efetividade, de modo a garantir ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos. Destarte, para que seja efetivo e gere resultados positivos à sociedade é necessário que esta atuação do Judiciário respeite os limites previstos na própria Constituição Federal de 1988.

### **2.3 Do Mandado de Injunção e da posição concretista do STF em 2007 – O marco do Ativismo Judicial**

Conforme acima mencionado, o Estado é detentor do poder-dever de jurisdição e possui a responsabilidade direta de garantir ao indivíduo, meios que o certifiquem do exercício total e pleno de seus direitos. É de suma importância o estudo e compreensão do verdadeiro início da mudança de paradigma a qual possibilitou ao Supremo Tribunal Federal adotar posição concreta no sentido de efetivar os direitos e garantias fundamentais, uma vez que este posicionamento pedia passagem desde a concepção da ideia do Neoconstitucionalismo.

A partir da necessidade de mecanismos dentro do Poder Judiciário que assim consigam lidar e solucionar o máximo dos anseios sociais, principalmente por incumbir ao Judiciário, à proteção máxima da Constituição, fora criado e introduzido recentemente no ordenamento jurídico o denominado Mandado de Injunção, o qual por ventura é o marco inicial concreto do Ativismo Judicial.

O remédio constitucional denominado Mandado de Injunção é utilizado sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, de acordo com o art. 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988. Este remédio constitucional foi

o instrumento criado e utilizado justamente para suprir eventual omissão legislativa capaz de colocar em risco a concretização de um direito ou garantia fundamental.

Nesse sentido, Supremo Tribunal Federal, a partir de 2007, ao julgar os MI 670, 708 e 712, passou a adotar a posição concretista de modo a, além de declarar a mora legislativa, também concretizar o exercício do direito constitucional não regulamentado. Inicia-se, portanto, para fins teóricos, o Ativismo Judicial em 2007, onde o STF, que não pode se manter inerte diante de uma questão social que não tenha sido solucionada e amparada por outro Poder, por meio de um dos primeiros Mandados de Injunção já interpostos, visa não mais apenas declarar em suas decisões, a mora do Poder Legislativo pela sua inércia, mas passando a partir dali a concretizá-lo e efetivá-lo no plano material, trazendo deste modo para si, à responsabilidade por não deixar que o detentor do direito de fato o perca.

Com isso, conforme aduz Pedro Lenza:

[...] o julgamento dos MIs 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindipol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), buscando assegurar o direito de greve para seus filiados, tendo em vista a inexistência da lei regulamentando o art. 37, VII, da CF/88 [...] (LENZA, 2015, p. 1257).

Analisemos em conteúdo jurisprudencial o antes e depois das decisões do Supremo Tribunal Federal, em relação ao direito constitucional de greve quando não adotada a posição concretista em outubro de 2007:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. Necessidade de Regulamentação. Vedada Aplicação da Lei nº 7.783/1989. Competência da Justiça Estadual. Manutenção da Multa Diária. Agravo Regimental conhecido e não provido. I - O direito de greve dos servidores públicos ainda depende de regulamentação, pois, o art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, é de eficácia limitada, conforme entendimento Supremo Tribunal Federal. II - E vedada a aplicação ao presente caso da Lei nº 7.783/1989, regulamentadora do direito de greve na iniciativa privada. III - A Justiça Estadual e 1º Grau é competente para processar e julgar a demanda, tendo em vista os efeitos em âmbito regional, conforme disposto no art. 2º, da Lei nº 7.347/1985 c/c art. 93, inciso II, do CPC. IV - É devida a manutenção da multa diária imposta, ante a declaração de ilegalidade da greve, posto que se trata de típica obrigação de não fazer, sendo mecanismo capaz de coibir a conduta desregrada do Agravante. V - Agravo Regimental conhecido e não provido.**

(TJ-MA - AGR: 142292007 MA, Relator: MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES, Data de Julgamento: 04/09/2007, SAO LUIS)

Após adoção da posição concretista do STF em outubro de 2007:

**EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legítima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. 2.2. Em alguns precedentes(em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no**

julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989).

**3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO.**

**3.1.** A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1o). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva".

**3.2.** Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

**3.3.** Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

**3.4.** A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

**3.5.** Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes. (CF, art. 2o).

**4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL.**

**4.1.** A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9o, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9o, §1o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada

configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus). 5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI Nº 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI Nº 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11). 5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI no 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC no 45/2004). 5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis. 5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade. 6. DEFINIÇÃO DOS



PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9º a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei no 7.783/1989, in fine). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores

públicos \_\_\_\_\_ civis. (grifos \_\_\_\_\_ nossos).

(MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011)

Verifica-se ao analisar o primeiro julgado do STF, que antes de outubro de 2007 o Poder Judiciário se limitava a declarar a mora legislativa e concluir estar esse direito constitucional “suspenso” até que receba regulamentação própria que o torne apto a produzir efeitos, destarte, no segundo conteúdo jurisprudencial se verifica que a partir da mudança de posição do STF, passou a estar viabilizado e concretizado o exercício do direito de greve, conforme previsto na Carta Maior, de modo que ainda sem regulamentação, se aplicasse a mesma lei disciplinada para os funcionários públicos celetistas, até que se faça uma específica aos servidores públicos. Verifica-se nesse momento, o Ativismo Judicial sendo fundamental a defesa e efetivação de um direito e garantia fundamental a seu respectivo destinatário.

Logo, a posição concretista adotado pela Suprema Corte a partir dali é no sentido de, não apenas declarar a mora do Poder Legislativo, mas também concretizar o exercício dos direitos fundamentais, como o direito constitucional de greve e outros expressamente não regulamentados na Constituição, e diante desse fato, tornou-se imprescindível o mandado de injunção como instrumento de consecução material dos direitos e garantias fundamentais, recebendo, deste modo, legislação própria.

#### **2.4 Síndrome da supremacia do Poder Judiciário e sua evidenciação no “Caso Lula” sob riscos de supressão da normativa constitucional**

Atualmente, diante de uma arriscada e questionada “ascensão” da qual se encontra o Poder Judiciário, os mais variados temas constitucionais são fontes de incansáveis discussões acerca da atuação deste Poder, de suas funções típicas e atípicas contrapostas aos riscos de politização da justiça e preponderância em relação aos demais Poderes do Estado.

Ainda que eficaz e imprescindível, o Judiciário por intermédio do STF, vem atuando proativamente como guardião da Constituição Federal, e por vezes se presume protagonista ao não se limitar unicamente ao essencial em determinadas decisões, das quais se verifica total desconformidade com letra de lei constitucional ou mesmo federal, ou ainda que respeitada a norma, venha a exaurir sua competência de forma desnecessária ou exacerbada.

De igual teor, é inegável o risco direto à Constituição Federal, à democracia e a toda a sociedade em uma eventual inobservância prolongada dos nossos ínclitos magistrados, uma vez que são de suma importância e possuem a confiança do Estado que lhe permite garantir de fato a concretização dos direitos, porém, não de qualquer forma e não a todo custo, é extremamente necessário que haja um cuidado minucioso e delicado nessa atuação, a que se limite apenas ao essencial e ao fato de ser considerado impossível que se faça de outra forma.

Em outras palavras, não soaria bem a um Estado Democrático de Direito onde há uma forte representação política partidária, que suas principais questões fossem “legisladas” pelo Poder Judiciário, o que de fato, colocaria a prova toda a forma representativa e liberal do Estado adotada e aprimorada a partir das Constituições, sobretudo a de 1988. Por esse motivo e por justamente ferir e afrontar a Constituição Federal de 1988 e o modelo de Estado que ela adotou, alguns doutrinadores acreditam que o Ativismo Judicial é um mal que deve ser combatido.

De forma crítica ao tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que:

[...] O ativismo, além disto, se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a ideologização da justiça. Ora, as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível. Pois bem, se durante muito tempo, a luta pelo aprimoramento do Judiciário teve em mira libertá-lo dos condicionamentos partidários – o ativismo apresenta-se, portanto, como um regresso [...] (FERREIRA FILHO, 2001, p. 70).

Explica-se assim que todo esforço perpetuado ao longo do tempo para o devido alcance da democracia e representatividade política a fim de melhor defender os interesses coletivos é colocado à prova no momento em que é permitido pelo Estado que o um poder tome para si a função de outro Poder, de modo a criar, modificar ou extinguir algo em uma decisão, não sendo assim suficiente o argumento de que com isso, é possível melhor defender os interesses da coletividade e garantir a aplicação de seus direitos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho é um dos pensadores que preconizam estar o Estado Democrático de Direito ameaçado pelo Ativismo do Poder Judiciário.

No Brasil, recentemente, tem sido alvo de diversas críticas e muita controvérsia o famoso “caso Lula”, que ganhou espaço e repercussão na mídia ao ter em algumas ocasiões, uma atuação discutível do Poder Judiciário no tocante a determinadas decisões das quais é possível verificar um grande risco de ruptura com o Estado Democrático de Direito e visível afronta a princípios e direitos constitucionais.

No caso, quando Luiz Inácio Lula da Silva, acusado e processado pelos crimes de corrupção ativa e lavagem de dinheiro, cometidos durante o exercício do cargo de presidente, tem sua prisão decretada em decisão de segunda instância, tendo seu pedido de liberdade por meio do remédio constitucional denominado Habeas Corpus de n. 5025614-40.2018.4.04.0000 negado na ocasião, e obrigado assim a iniciar seu cumprimento provisório de pena antes mesmo do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nitidamente, para Amaral (2018), nesse momento onde o ex-presidente é levado ao cárcere em decisão anterior ao trânsito em julgado, instaurou-se no ordenamento jurídico, principalmente no que tange ao direito processual, um sepultamento do modelo constitucional de 1988.

Uma coisa seria dar nova interpretação de modo a não prejudicar os direitos e garantias fundamentais, no sentido de proteger a Constituição ou garantir que um direito ou garantia seja aplicado a seu destinatário, outra coisa é ceder à pretensão de revolta de uma sociedade que se lançou ao Judiciário para ver “justiça”, ao ponto de romper totalmente a estrutura estatal e protagonizar uma relação de soberania entre os Poderes, o que de fato, por óbvio causa uma gigante dúvida acerca de toda a concepção constitucional adotada principalmente pela Constituição de 1988. Assim, nesse caso, só se pode visualizar o Ativismo Judicial negativo e exacerbado, alvo de críticas e temor por parte de todos que acreditam e defendem o Estado Democrático de Direito e a defesa dos direitos e garantias fundamentais no plano material (AMARAL, 2018).

O que pôde se visualizar naquele processo, foi o guardião máximo da Constituição, qual seja: o STF, conforme atribuição do artigo 102, CF/88, representado por seus ministros, reunidos para decidir algo que por estar expresso e garantido como cláusula pétrea na Constituição em seu artigo 5º, LVII, não admitiria em regra nova interpretação hermenêutica capaz de mudar e colocar a deriva um direito constitucional, caso em que deveria chegar até lá somente à que se garantisse a perfeita aplicação do que ali se encontra disciplinado, como precípuo defensor que é.

Nesse sentido, o exemplo que deveria surgir do maior defensor do diploma constitucional, ao contrário do que se espera, viola direta e gravemente a Constituição Federal no que concerne ao direito constitucional da presunção de inocência, o qual não apenas se encontra como um direito, mas também um princípio norteador processual que foi e vem sendo colocado de lado por parte dos integrantes do Poder Judiciário (AMARAL, 2018).

Vale ressaltar que o Princípio da Presunção de Inocência nasce da previsão expressa do artigo 5º, LVII da Constituição Federal que aduz: “ninguém será considerado culpado

antes de sentença penal condenatória transitada em julgado”, assim estabelecido, esse dispositivo é considerado cláusula pétrea por ser um direito fundamental garantido ao indivíduo.

Parte-se da premissa de que todos são presumidamente inocentes até que se prove cabalmente o contrário, ou seja, cabe ao Estado o ônus de provar e em última instância, respeitando o devido processo legal, a Presunção de Inocência e o duplo grau de jurisdição, se for o caso, condenar e recolher o indivíduo ao cárcere.

Ao privar a liberdade de alguém antes de transitar em julgado a decisão condenatória verifica-se a figura do Estado como responsável por uma arbitrariedade que afronta diretamente a Constituição. Não apenas a Constituição como também o Código de Processo Penal traz em forma de lei o Princípio da Presunção de Inocência em seu artigo 283:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Considerando que no caso do processo do ex-presidente Lula não se encontravam presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão temporária ou preventiva pelo magistrado presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal e no artigo 1º da Lei 7960/89, não haveria a possibilidade de recolhê-lo à prisão, uma vez que pelo direito processual a que possui, antes de transitada em julgado a decisão, o mesmo era presumidamente inocente, ocasião em que ocorrera evidente supressão desse direito pela violação à Constituição e ao Código de Processo Penal.

Contudo, cumpre destacar que tal atitude proativa do Poder Judiciário é reconhecida como um Ativismo Jurídico desenfreado e perigoso, que coloca em risco o modelo e estrutura de Estado, já que ao modificar a interpretação de uma norma constitucional e legal de forma a subverter a ordem constitucional ali presente, a qual garantia um direito, o STF ultrapassou os limites essenciais e realizou a função do Poder Legislativo, qual seja: a função de legislar. Somente o Legislativo é capaz de modificar, criar ou extinguir leis, restando ao Judiciário apenas suprir eventuais lacunas legislativas, quando a omissão de lei coloque em risco a Constituição ou a aplicabilidade de uma norma constitucional a seu respectivo destinatário.

Diante desse cenário e do que se visualiza em grande parte das decisões recentes dos magistrados e tribunais de forma a interferir de modo grosseiro na intitulação da vida brasileira em sociedade, principalmente aquelas que restringem direitos e garantias

fundamentais ao invés de garantir a sua proteção, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito sofre uma grande ameaça por parte de um Poder Judiciário “ilimitado”, principalmente no que concerne a conservação dos princípios constitucionais, respectivamente, o da Presunção de Inocência como sendo inerente ao indivíduo.

## **2.5 Crítica ao protagonismo excessivo conferido ao Poder Judiciário**

Em suma, diariamente o Ativismo Judicial se mostra cada vez mais necessário e essencial principalmente no que concerne à efetividade, valoração da Constituição Federal, e garantia do exercício concreto dos direitos fundamentais. Diante desse fato, é impossível não o valorizar e não o ter atualmente como principal instrumento e principal meio capaz de solucionar grande parte das demandas sociais existentes no ordenamento jurídico. Os resultados dessa atuação proativa do Poder Judiciário são positivos ao passo que o STF, representando o Poder Judiciário, assume função que em regra compete ao Poder Legislativo, pela omissão, e não permite que o indivíduo fique sem o exercício daquele determinado direito em decorrência da ausência de regulamentação.

Entretanto, estaria o Poder Judiciário por meio do instituto do Ativismo Judicial, da Judicialização e das constantes decisões de seus órgãos e magistrados, agindo de forma proativa somente no que lhe resta essencial? Estaria o Poder Judiciário saindo de sua seara de atuação jurisdicional, para legislar somente naquilo que lhe é necessário e cabível? Ou por ventura, estaria de modo exibicionista e ilimitado muitas vezes legislando em interesse próprio? Ou ainda, estaria o Poder Legislativo esgotando seus meios para cumprir sua competência originária constitucional de legislar em normas que assim dependam de regulamentação para consecução de seu exercício? São essas algumas indagações mais comuns e pertinentes ao ser tratado o tema do Ativismo Judicial, dividindo, portanto opiniões quanto a sua efetividade e seus riscos no ordenamento jurídico brasileiro.

Imprescindível o mesmo vem sendo na intitulação da vida brasileira e impossível se mostra atualmente a possibilidade de extingui-lo ou exterminá-lo, até pelo fato de não haver motivos para que o Ativismo Judicial positivo, como sendo aquele cuidadoso e limitado, seja extinto e abandone suas atuações garantistas, vez que este produz uma série de resultados positivos constantes em um contexto social, contando ainda com um respaldo pontual e garantidor ao indivíduo detentor de direitos.

Desta sorte, é indiscutível a importância da atuação e participação direta e proativa do Judiciário na apreciação principalmente dos Mandados de Injunção, conforme abordado no

tópico 2.3 da presente monografia, interpostos para obter a regulamentação que enseje para a aplicação de um direito, tratando-se de norma de eficácia limitada, ou não sendo, tratando-se de uma norma constitucional sem força de aplicabilidade.

Sendo deste modo, inegável a sua importância, fomenta o fato que cabe reflexão, de que sem o Ativismo Judicial, o indivíduo provavelmente não teria a quem recorrer à aplicação do seu direito, uma vez que o Judiciário se limitaria tão somente a declarar a mora legislativa, conforme era o posicionamento outrora a adoção da posição concretista, também já elencada no tópico 2.3 do presente trabalho, o que permite aduzir, de algum modo, em termos de valoração de direitos e garantias fundamentais, uma presumida regressão a tempos constitucionalistas anteriores a nova concepção e a nova preocupação constitucional conquistada no Neoconstitucionalismo, onde o indivíduo não tinha resposta aos anseios e acabava por perdê-los.

Diante desse cenário, resta observar e preconizar motivos para a aplicação e materialização do direito fundamental hoje se encontrar tão vinculado e atrelado ao Poder Judiciário, de modo a ser insubstituível e fundamental a ocorrência de um movimento ativista que relativize, ou por vezes cause aparente violação do texto constitucional e princípios revestidos de normatividade, relativizando-os para alcançar o bem social. Traduz a ideia de um “mal” sendo realizado para o “bem”, assim, um mal necessário.

Nessa linha, Luis Roberto Barroso encontra uma linha positiva e outra negativa acerca desse fenômeno judicial, qual seja: na linha positiva:

[...] o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo e isso não se passa apenas no Brasil, na atual quadra histórica [...] (BARROSO, 2009, p. 27).

Vale ressaltar que os pontos positivos desse movimento estão justificadamente à frente dos pontos negativos. Contudo, a atuação ativista para ser positiva e possível no plano constitucional mesmo violando a Constituição, deve além de ter como objetivo a solução social, respeitar a margem de discricionariedade existente no Poder Legislativo, isto é, deverá o Judiciário atuar somente de modo a suprir uma função que de fato, por inúmeros motivos não pudera ter sido exercida, a fim de garantir o seu cumprimento, devendo, portanto, acatar e respeitar as escolhas legítimas adotadas pelo legislador, principal legitimado a exercê-la, o que em algumas vezes não acontece, como foi possível auferir nas polêmicas decisões do processo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Nessa linha, Barroso (2013) acredita que o STF, enquanto precípua guardião da Constituição Federal só deve intervir quando houver afronta direta à Constituição Federal por parte do legislador, de modo a não permitir o descumprimento das normas constitucionais e não alterá-las ou extingui-las. Portanto, é importante que haja um Ativismo Judicial de forma excepcional, somente no que se resta imprescindível e essencial ao indivíduo, e não como regra principal.

Da mesma forma que o correto, justo e essencial Ativismo Judicial, o qual produz de fato efeitos positivos à sociedade recebe ampla e majoritária defesa dos mais variados constitucionalistas, o Ativismo desenfreado do Poder Judiciário é amplamente criticado e temido pela maioria dos mesmos. Segundo Novelino (2009), o principal desafio está no cuidado em que deve haver entre o equilíbrio da atuação do Poder Judiciário com a consonância direta à Constituição Federal. Não deve o Estado sofrer os riscos de tornar-se um “governo de juízes”, uma vez que para a aplicação justa e correta da Constituição, é necessário que os poderes estejam em harmonia e equidade.

Deste modo, como regra e principal solução à que funcione perfeitamente, o Judiciário poderá atuar com expansividade somente no que lhe concerne essencial e sem alternativa. Com fulcro, se houver obediência às peculiaridades por parte do Poder Judiciário e a determinados limites, não haverá o que se falar em ineficiência do sistema constitucional e essa mitigação principiológica a que se trata, passará automaticamente a ser bem entendida e visualizada nessa nova perspectiva constitucional, sem tantas discussões e preocupações, tampouco em risco de ruptura do modelo constitucional advindo da Constituição de 1988.

Entretanto, mesmo sabendo desses limites de competência separados pela própria Constituição, o Poder Judiciário constantemente intervêm de forma extravagante e desenfreada na vida brasileira.

O Ativismo Judicial, considerado parte da solução até aqui, perde seu revestimento e sua magnitude no momento em que o Judiciário, por meio de seus órgãos, respectivamente o STF, frequentemente se autopromove criando para si um status de protagonista, como se de fato houvesse prevalência e soberania do mesmo em relação aos demais Poderes, pelo fato de estar proferindo decisões de modo a não visar à garantia de cumprimento do exercício de direitos pela mora legislativa ou executiva, mas intervir e usar da sua função decisória em decisões e leis já feitas pelo próprio Poder Legislativo, sem assim possuir legitimidade representativa para tal, o que o faz atuar de forma excessiva e errônea deixando em risco a democracia, a legitimidade mediante voto popular e principalmente, a efetividade e o valor da própria Constituição vigente.



O principal e mais preocupante meio de intervenção do Poder Judiciário na vida brasileira atualmente tendente a colocar em risco o exercício de direitos fundamentais e de desobediência ao texto constitucional é a violação do Princípio da Presunção de Inocência, que conforme acima citado, fere diretamente a Constituição Federal de 1988 e priva o indivíduo de seu direito constitucional de somente ser preso nos casos expressamente previstos, sendo principalmente, quando transitada em julgado à decisão condenatória, entretanto, tem sido entendido pelo STF que em determinadas ocasiões é possível o início do cumprimento provisório de pena, geralmente em decisão de 2º grau, o que de forma injustificada coloca em risco o Estado Democrático de Direito.

Na ocasião em que passou a ser entendido pelo Poder Judiciário que seria possível iniciar o cumprimento de pena após a confirmação da decisão em 2º grau, uma gigantesca e sombria involução ocorrera no ordenamento jurídico brasileiro. Embora não haja concordância por parte dos magistrados e ministros acerca de algo que se encontra disciplinado no texto constitucional, é fundamental cumpri-lo à risca, sendo essa a principal tarefa do Judiciário e restando ao Legislativo, representado pelo Parlamento, a missão de discutir eventual emenda a se fazer na Constituição Federal capaz de permitir uma nova interpretação justificada. Sendo assim, não cabe essa discussão ao Poder Judiciário que vem fazendo muitas vezes pelo excesso do clamor popular, como no caso Lula onde os holofotes estavam voltados ao STF, que pressionado, decidiu por negar o pedido de Habeas Corpus impetrado na ocasião. Encontra-se, portanto, situação de grave insegurança jurídica e de politização da justiça por meio do imprudente Ativismo Judicial (RAMOS, 2018).

Embora seja a violação ao Princípio da Presunção de Inocência e outros, a principal forma de Ativismo Judicial negativo hoje visualizada na sociedade, há de se ressaltar que algumas outras posturas do Judiciário tem causado insegurança no que tange ao modelo de Estado brasileiro.

Com fulcro, denota-se que algumas questões não poderiam estar sendo resolvidas pelos juízes, uma vez que para tal, é perceptível um grande descontrole e desequilíbrio do Estado, muitas vezes vindo a refletir na própria economia do país. No caso, figuram-se principalmente as questões sociais de saúde e moradia, que em regra, ao não serem implantadas em forma de Políticas Públicas pelo Poder Legislativo, onde há o devido estudo e apreço para aferição do que se mostra mais urgente e essencial, pelo fato de não ser possível dar tudo a todos, acabam por ficar a mercê das decisões do Judiciário que ao julgar em decisões que concedem no todo à garantia da saúde ou moradia pelo fato de ser justo, acabam por interferir na economia e nas formas de controle do Estado para que se garanta a economia.

Por consequência, este fato é o que se apresenta como sendo uma das principais preocupações com o Ativismo do Poder Judiciário (RAMOS, 2018).

Para Ramos (2018), o perigo para o Estado Democrático de Direito está nesse costume que se tem procurar solucionar tudo utilizando o Poder Judiciário, ele defende que a maioria das questões sociais relacionadas a Políticas Públicas envolvem planejamento, e sendo assim, não é comum um Poder atuar proativamente de forma a causar sério prejuízo ao Estado apenas baseado no dever do Estado e em seu status de protetor da Constituição. Não se deve colocar a judicialização ou o Ativismo Judicial resolvendo uma demanda social a qualquer custo, uma vez que tal atuação refletirá diretamente nos cofres do Estado no futuro. Logo, a conquista por intermédio do Judiciário das minorias em casos concretos, causaram a perda de direitos e o prejuízo das maiorias no futuro.

Tal interferência nessas questões que ensejam a implantação de Políticas Públicas pelo Poder Executivo torna-se também perigosa e grosseira ao direito constitucional vigente visto que a sociedade, ao escolher seus representantes mediante voto popular, passará a ver as decisões a que dependerão seu bem estar, serem apreciadas, proferidas e por vezes alteradas pelos juízes e tribunais, o que de fato vem acontecendo, demonstrando também o lado negativo e injustificado ativista, discutido e criticado por muitos constitucionalistas que temem o futuro do Estado.

Portanto, tal autor considera que o protagonismo do Poder Judiciário na busca das demandas sociais está longe de ser a solução do Estado, mas sim, o grande retrocesso constitucional e econômico.

Com efeito, Barroso (2009) coloca que um remédio extremamente perigoso e eficaz como o Ativismo Judicial, ao ser usado em dose excessiva, pode ocasionar a morte da cura, ou seja, se usado com sabedoria por parte dos magistrados e tribunais, tende a ser a principal solução a ineficiência das normas constitucionais e conseqüentemente ocasionará um constante avanço social no tange às relações Estado e sociedade.

Diante de todo o explanado e das variadas opiniões doutrinárias acerca desse fenômeno constitucional ativista, muito embora muito bem ponderado e defendido ainda pela maioria dos constitucionalistas como a principal solução para a resolução e garantia de aplicação das normas nas demandas sociais, acreditamos ser o Ativismo Judicial “positivo” parte da solução, restando à outra parte aos Poderes Legislativo e Executivo, que sendo Poderes políticos legitimados a representar a sociedade, pecam por duas vezes ao se omitirem e ao darem ensejo para que diante do seu comportamento de omissão, o Judiciário atue

quando havia possibilidade de ter sido legislado ou alterado, logo, presumindo-se protagonista na relação tripartite de Poderes.

Defronte à mutação constitucional a que se vive atualmente, já abordada no primeiro capítulo do presente trabalho, impossível seria manter a interpretação constitucional da mesma forma a que se fazia desde a sua criação em todos os conflitos, em alguns casos concretos essa nova interpretação não precisaria ser garantida pelo Judiciário se o Legislativo assim fizesse anteriormente, como regra, e em outras, ainda que não houvesse sido possível que o Legislativo cumprisse seu papel, torna-se imprescindível que haja medidas no sentido de que o próprio Judiciário se limite e não ultrapasse o núcleo do essencial para ser positivo e perspicaz.

De fato, o Ativismo Judicial ainda que seja um meio garantidor e protetor da normativa constitucional quando da existência de lacunas, traz uma série de consequências ao ordenamento jurídico brasileiro, tal como a crise pela ausência de legitimidade representativa, a inobservância e flexibilização da Teoria da Separação de Poderes, e a politização das decisões judiciais. É necessário auferir quando positiva limitada e quando negativa exacerbada à atuação do Judiciário para deste modo analisar se tais consequências são passíveis ou não de relativização e flexibilização em sua interpretação, como forma de concretizar um direito ou garantia fundamental e assim, resguardar à Constituição Federal de 1988. Contudo, fala-se em relativização e flexibilização, o que não poder restar confundido com violação.

Ante o exposto, se não observados e devidamente respeitados os limites expressos na própria Constituição Federal, sempre se porá a sociedade a mercê das decisões judiciais, até que se coloque por terra a democracia representativa proposta pela Constituição Federal de 1988. A garantia de supremacia da Constituição Federal e o cuidado das questões sociais quanto a seu devido funcionamento e encaixe, que neste momento se encontra sob as mãos dos componentes do Poder Judiciário.

### **3 CRISE DA LEGITIMIDADE POLÍTICA REPRESENTATIVA E INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO; UMA ANÁLISE AOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

#### **3.1 Crise da representatividade e a evidente supressão da democracia**

O Estado, por intermédio dos mecanismos a ele atinentes, possui a obrigação de melhor organizar a relação entre as normas e a sociedade, de modo que conforme passe o tempo, as normas e as leis possam ser criadas e implementadas no cenário do ordenamento jurídico justamente para satisfazer os anseios sociais e assim não permitir injustiças ou arbitrariedades.

Deve, por consequência, evitar violações da normativa constitucional e garantir a sua máxima efetividade principalmente perante a sociedade. Entretanto, não se encontra essa obrigação lançada a qualquer custo e de qualquer maneira, é necessário que haja um minucioso cuidado por parte do Estado no controle dessas questões sociais, de maneira que sejam respeitados os princípios adotados no novo sistema constitucional de 1988.

Para tanto, conforme abordado no segundo capítulo da presente monografia, existe um controle divisor de funções precipuamente definido, o qual estipula de forma pensada e esquematizada, a perfeita atribuição das funções dos Poderes do Estado, quais sejam: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que atuando de forma organizada, harmônica, responsável e precisa, tendem a garantir a proteção da Constituição Federal e a aplicação dos direitos e garantias fundamentais a seus destinatários.

Sob essa perspectiva, há de se ressaltar que uma das grandes conquistas no Brasil, foi à chegada à democracia, após longo período ditatorial onde a supremacia de decisões e escolhas se encontrava nas mãos dos chefes de Estado, de modo totalmente injusto e desumano. Assim, pouco poderia fazer a sociedade para ter seus direitos e garantias respeitados, uma vez que não possuíam nem ao menos representatividade e tampouco voz para brigar e argumentar na busca de suas pretensões.

Diante desse terrível cenário, os movimentos constitucionais deram ensejo às reestruturações evolucionistas capazes de enfatizar a necessidade de se efetivar direitos sociais e fundamentais, como principal forma de organização estatal e da relação entre Estado e a sociedade, iniciando-se a abertura para um regime democrático brasileiro.

Insta salientar que a ideia que se atrela à conquista e à chegada ao Estado democrático de direito, busca em primeiro momento afastar por completo a tendência humana ao autoritarismo e conseqüentemente a forma de concentrar o poder nas mãos de uns e despir outros do mesmo, o que fato, inviabilizava um sistema de governo capaz de prever e garantir direitos (MORAES, 2015).

Conceitua-se a democracia, de acordo com a concepção de José Afonso da Silva, como sendo o principal:

[...] instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem...” e ainda, preceitua que a democracia “é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo [...]” (SILVA, 2015, p. 128).

Deste modo, não pode esta conquista estar atrelada unicamente ao interesse do Estado, mas sim, sob o prisma da necessidade de um novo cenário onde para que haja harmonia e equilíbrio das normas perante a sociedade, exista uma participação maior do povo nas questões e discussões de seu interesse, possuindo assim, poder para participar e ser representado pelo Congresso Nacional, nas mesas e sessões, de onde sairão às leis de acordo com as necessidades sociais. Logo, o exercício da democracia é exercido pelo povo e em proveito do povo, garantido pelo Estado.

Muito embora a democracia por si só seja o movimento pelo qual se deu uma maior participação do povo nas questões e discussões do Estado, basicamente é por meio da democracia representativa que se alcança a cidadania e os conflitos relacionados à representatividade, à atuação e à maior participação do povo no plano material, onde é possível encontrar o que se chama de democracia participativa (SILVA, 2015).

Falar de democracia representativa no atual cenário brasileiro é entrar em uma constante discussão, por vezes polêmica e controversa. Muitos se chocam ao verificar que após esse vasto processo redemocratizador e sociológico a qual passou a Constituição em termos históricos, parte da luta e das conquistas por vezes se verifica ter sido em vão no tocante a determinadas matérias e casos concretos os quais se vislumbram total desconformidade com a representatividade que deve existir no ordenamento jurídico, a fim de que se garanta a perfeita conformidade e equilíbrio constitucional em decorrência da crise da legitimidade representativa, todavia, em muitas, é necessário expandir o pensamento jurídico de modo a analisar e auferir o quão positivo e o quão negativo é para o Estado e para a sociedade, uma eventual relativização de princípios e normas que visem à concretização de direitos e garantias fundamentais.

Faz-se imprescindível ao estudo da democracia, o perfeito entendimento na diferenciação entre democracia representativa e democracia participativa, uma vez que nem toda democracia representativa é participativa.

Considera-se representativa aquela onde é verificada uma atuação constante da classe política, legitimada à representação dos anseios sociais perante o parlamento, para mediante projetos de leis e outras discussões, levar ao apreço do Estado as necessidades

correspondentes ao cotidiano social. Neste caso, integra a categoria dos legitimados à representação popular o Poder Legislativo, composto pelos parlamentares e membros de partidos políticos escolhidos mediante voto popular a estarem lá e preencherem o papel de legisladores e representantes do povo. Na democracia representativa, portanto, à participação popular é indireta, uma vez que quem participa diretamente é a classe política, restando disciplinar meios e direitos políticos que qualificam e garantam a cidadania. Portanto, a democracia representativa está diretamente ligada à eleição (SILVA, 2015).

Outrossim, por sua vez, a democracia participativa se trata de uma participação mais intensa do povo nas questões sociais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a não necessitar representação parlamentar para tal. Configura uma participação direta do povo, diferente daquela mediante representação e agora mediante iniciativas populares, ações populares, referendos e plebiscitos populares, onde o povo participa de forma intensa na elaboração de projetos, cuidado e manutenção de lugares, busca aprovação de textos de lei, dão ideias aos próprios legisladores que muitas vezes inertes, dão ensejo a diversas reclamações e descontentamentos sociais (SILVA, 2015).

Não obstante a essas participações populares, como forma de melhor justificar e demonstrar a democracia enquanto fundamental ao modelo de Estado brasileiro é pertinente argumentar, que na maioria das vezes, é justamente a inércia dos Parlamentares e dos chefes do Executivo na implementação de Políticas Públicas eficazes, ambos escolhidos mediante o direito de voto popular, que acarreta e proporciona uma desorganização constitucional que enseja um Ativismo do Poder Judiciário.

Uma vez devidamente divididas e atribuídas às funções dos Poderes pelo Estado, não é cabível que um Poder Legislativo incumbido de cumprir a função de legislador e viabilizador da aplicação dos direitos e garantias previstos na Carta Maior, se omita e deixe de fazer sua função principal em diversos casos, como vem acontecendo no cenário atual, já que assim, essa omissão implicará na função do Estado de solucionar, e para tanto, a solução mais cabível até então encontrada tem sido a possibilidade de uma atuação atípica e proativa do Judiciário no sentido de garantidor do direito não regulamentado pelo Poder Legislativo, por ser o incumbido de guardar a Constituição Federal.

Sob essa ótica, preceitua J. J. Gomes Canotilho que:

[...] a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não “faz” algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo “não fazer”; trata-se, sim de não fazer aquilo que de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado [...] (CANOTILHO, 2001, p. 331).

Assim se visualiza a importância do perfeito cumprimento do modelo de separação de poderes adotado e devidamente organizado pelo Estado, restando ainda compreender, que seu descumprimento e inobservância pode acarretar uma série de violações e desequilíbrios constitucionais.

Por outro lado, o Poder Legislativo, incumbido de promover as leis capazes de reger a vida em sociedade e assim garantir a democracia por meio da participação indireta do povo, tem sido alvo de críticas pelo fato de sua baixa produtividade legislativa, que assim, conseqüentemente acarreta também uma maior participação do Poder Judiciário, que sem representatividade atua proativamente muitas vezes por meio de decisões judiciais quando provocado a agir como garantidor perante uma omissão legislativa que cause prejuízo à sociedade ou à supremacia das normas constitucionais.

Há de fato, uma total desconformidade da Constituição com o que vem sendo aplicado, de forma totalmente arriscada e ameaçadora. Um Estado democrático deve promover meios e soluções para conter as violações existentes, de modo que ao mesmo tempo, garanta a devida aplicação do que se encontra disciplinado e ainda, que se garanta o máximo possível à sociedade, não permitindo prejuízos sociais.

Todavia, o que se verifica é um Poder Legislativo inerte e omissivo no que concerne a assuntos polêmicos de alguns grupos sociais, capazes de causar certa indisposição por questões de índole política, vem transferindo de forma irresponsável ao Judiciário a competência para decidir uma demanda social, o que fere a democracia no momento em que não há por parte dos magistrados e tribunais, uma legitimidade representativa. Assim, explica-se a figura do Poder Judiciário participando da intitulação da vida na esfera jurídica brasileira (CARDOSO, 2011).

Assevera Barroso (2009, p. 27) que “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.”.

Assim, diante do modelo de Estado contemporâneo, considera-se mais um ganho do que perda o fato de algumas decisões judiciais interferirem na autonomia de outros. Ainda que sem representatividade e escolha popular, nem todas as decisões legislativas são consideradas corretas sob o aspecto constitucional, ou, por diversas vezes a espera pela regulamentação de lei e a constante inércia legislativa afronta bem mais à democracia do que um Ativismo limitado Poder Judiciário.

Sob esta perspectiva, a jurisdição constitucional com a devida observância aos limites, está em perfeita conformidade com o texto constitucional e é antes uma garantia do que um

risco ameaçador, de modo que privilegia a democracia e à constituição pela intenção de concretização e garantia, ainda que em último plano (BARROSO, 2009).

Deve-se compreender que Ativismo Judicial é reflexo e consequência do próprio modelo constitucional adotado em 1988, que pela constitucionalização culmina na chegada à plena democracia, mediante a participação popular e na aplicabilidade das normas constitucionais.

Reluta-se nesse sentido, que uma atuação contida do Poder Judiciário, de modo a intervir na seara de outro, que mesmo sem legitimidade representativa estará atuando em prol das maiorias, no sentido de defender a Constituição e buscar uma solução provisória a uma eventual inércia legislativa, é antes absolutamente tendente a exaltar e resguardar a democracia brasileira do que colocá-la à prova. É necessário expandir a concepção constitucionalista à medida das mudanças e evoluções trazidas pelo Estado contemporâneo.

Contudo, o modelo constitucional de Estado democrático no momento, encontra-se ameaçado pela inércia dos Poderes Legislativo e Executivo e pela constante participação do Poder Judiciário em questões que ao serem resolvidas sem a devida representatividade violam diretamente a democracia e colocam em cheque a segurança jurídica e a confiança da sociedade para com o Estado.

O fato de haver a necessidade clara de um Ativismo Jurídico como resposta ao problema da legitimidade e da relativização de diversas normas e princípios ou até mesmo à violação de trechos constitucionais que em regra, deveriam ser uma proposta de solução provisória, só demonstra o fato do Poder Legislativo não estar cumprindo o seu papel político-constitucional de representatividade e produtividade legislativa, pelo seu constante comportamento de omissão a determinados temas e assim, o verdadeiro temor constitucional como afronta e supressão à democracia segue sendo a ineficiência legislativa justificada na crise de legitimidade representativa e ausência de funcionalidade do Poder Legislativo e não à atuação proativa e positiva do Poder Judiciário.

É necessária uma atitude emergencial do Estado na busca de uma solução definitiva e menos invasiva, mais controlada e menos violadora, na tentativa de mudar esse cenário constitucional omissivo de modo que respeite os limites previstos na própria Constituição Federal.

### **3.2 O Ativismo Jurídico e a violação ao princípio constitucional da Separação de Poderes**



Não há o que se falar em um Estado Democrático de Direito que de fato não possua uma legitimação de poderes a fim de conter e evitar arbitrariedades.

Inegável é o fato de que o Ativismo Judicial, em termos de atualidade e tempos modernos ou até futuros, é imprescindível dentro do ordenamento jurídico visto que utilizado hoje como principal instrumento no meio social, para o alcance da concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, conforme devidamente demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho.

Dado esse fato, diante da compreensão do Poder Judiciário ser o incumbido de prestar a efetiva tutela jurisdicional ao caso concreto, mesmo que diante da inércia dos outros Poderes, pela sua função decisória típica, para assegurar e fazer valer o direito em decorrência dessa inércia nos remete ao fato de que por vezes essas decisões geram consequências para a ordem jurídica e afetam o princípio constitucional da Separação de Poderes.

O Princípio da Separação de Poderes, segundo Lenza (2015, p. 586), em citação à teoria da tripartição de Poderes, elaborada por Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”: “de acordo com essa teoria, cada poder exercia uma função típica, inerente a sua natureza, atuando independente e autonomamente, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo.”.

Além disso, o texto constitucional traz em seu art. 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”, uma vez que a própria Constituição trata de separar os Poderes e estabelecer esse sistema, utilizando a característica da independência para fixar a ideia de poderes que são autônomos e não necessitam da atuação e das funções de outros, ou ainda de regulamentação e por fim, faz menção a harmonia entre eles, o que pressupõe os mesmos estarem em sentido de continuidade, precipuamente organizados para atenderem as demandas sociais, o que de fato, não permite a soberania e supremacia de um poder em relação aos demais.

A Separação de Poderes atualmente se perfaz na ideia do sistema de freios e contrapesos, que justifica a ideia de que cada Poder, para exercê-lo com vigor e efetividade, de modo a não permitir arbitrariedades no Estado, deve ser controlado por outro Poder, que o limite e o permita estar em conformidade com a Constituição, ainda que autônomo. Nesse sentido, a ideia é que esses Poderes sejam independentes para atuar dentro de suas competências e harmônicos entre si, para juntamente garantir o que encontra-se disciplinado na Carta Maior.

Como exemplo, o Judiciário ao decidir sobre a inconstitucionalidade de uma lei realiza o sistema de freios e contrapesos, pelo fato de não permitir que uma lei feita pelo Poder

Legislativo vigore no ordenamento jurídico quando afronta diretamente o texto constitucional, sendo assim, o contrapeso se encontra no fato de que os outros poderes, possuindo funções distintas, se autolimitem e não permitam uma eventual hierarquia entre essa relação, sendo fundamental a harmonia e o cuidado no cumprimento de suas funções atribuídas pelo Estado, quais sejam: a de legislar, administrar e a de julgar, guardando em grau máximo a supremacia das normas constitucionais.

A harmonia que deve haver entre os aludidos poderes, portanto, justifica-se na concepção do respeito mútuo que necessariamente precisa existir entre eles, permitindo para tanto, a interferência de um Poder na seara de outro, quando imprescindível ao controle e a correção de eventual irregularidade pelo bem maior, qual seja: o respeito máximo à Constituição Federal de 1988, justamente pela ideia dos freios e contrapesos. É necessário que haja um equilíbrio no que tange à busca pelo bem estar da coletividade (SILVA, 2015).

A principal função da separação de poderes é, conforme lição de Lenza, em citação a Dimitri:

[...] é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência 'absolutista' de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas", e, com isso, vislumbra-se o Estado como responsável pela fiscalização e controle a fim de não permitir excessos ou predominância de poderes [...] (LENZA, 2015, p. 586).

Conforme o exposto diante da importância e força constitucional a que se reveste este princípio, tentativas de relativização do sistema de separação ou de delegação de funções que possam presumir protagonismo ou uma supremacia, não são aceitáveis em vista da normativa constitucional.

Embora esse Princípio da Separação de Poderes tenha sido norteador e fundamental à estruturação do Estado brasileiro, presente em praticamente todas as antigas Constituições, com exceção da de 1937, não mais se trata o mesmo com aquele rigor e estrito cuidado de outrora, reluta-se que com a constante evolução e somatório das atividades do Estado, surge à necessidade de uma nova relação entre os Poderes voltada para a atualidade, agora capaz de permitir certa mitigação como flexibilização, para que com isso seja possível alcançar algo essencial à concretização da normativa constitucional, viabilizado apenas quando há um relacionamento diferente dos Poderes, no sentido de preenchimento de lacunas e garantia à sociedade. Esta ideia de perda da rigidez da separação de poderes é tida como um sistema de colaboração de Poderes, que surge justamente a partir das novas pretensões sociais contrapostas ao ordenamento jurídico brasileiro (SILVA, 2015).

Destarte, muito embora esse princípio seja constitucional e se encontre revestido de toda relevância e força normativa, como resposta a essa perda de rigidez do modelo divisor de Poderes, aos poucos vem sendo relativizado de forma positiva e necessária pelo Ativismo Judicial como resposta aos anseios sociais.

Nesse cenário, é necessário aduzir que o Ativismo do Poder Judiciário afronta diretamente o sistema da tripartição de poderes prevista na Constituição no momento em que ele ultrapassa de forma desorganizada e injustificada os limites traçados dentro da Teoria da Separação de Poderes e não visa única e exclusivamente viabilizar um direito ou garantia fundamental não realizado pelo poder competente. Contudo, ele tende a ser a solução provisória ao constante inativismo dos demais Poderes, por diversas vezes tido como o maior causador de injustiças e embaraços no ordenamento jurídico brasileiro.

Insta salientar que tão somente o fato de existir um temor em relação a uma eventual mitigação de um princípio constitucional norteador e uma evidente insegurança jurídica, entende-se que essa relativização não viola à Constituição Federal de 1988 quando limitada e cuidadosa, mas sim, ao contrario disso, melhor resguarda e defende o conteúdo constitucional, visando uma evolução capaz de não permitir que lacunas e omissões de Poderes ocasionem prejuízo direto ao individuo detentor do direito.

Nessa linha, assevera Canotilho (2003, p. 250) que “o que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.”

Sob essa perspectiva, verifica-se que muito embora haja um sistema divisor de Poderes essencial à estruturação e organização do Estado para o alcance da aplicabilidade do texto constitucional, contendo regras e detalhes cruciais com a obrigação de serem devidamente observados e respeitados, para o modelo de Estado atual, onde o constitucionalismo tende a ser em prol da sociedade e da concretização dos direitos e garantias fundamentais, não mais importa qual seria aquele poder que de fato concretizou e viabilizou o direito ao indivíduo, pois assim, respeitando a excepcionalidade, estará esse poder agindo em total conformidade com o texto constitucional.

Por sua vez, Pedro Vieira Abramovay e Adriana Lacombe Coiro preceituam que:

[...] A separação de poderes, em sua concepção moderna, a partir do conceito de freios e contrapesos não implica separação absoluta entre as funções legislativa, executiva e judiciária, mas sim um diálogo a ser promovido entre os Poderes”. [...] “Não se trata de poder sem controle, tampouco interferência indevida de um Poder em outro, mas sim de manifestação da separação de Poderes, vista como controle e

interferência entre Poderes, visando à evolução social. (ABRAMOVAY; COIRO, 2012, p. 183).

É imprescindível o diálogo, e o bom relacionamento entre os Poderes, justamente atrelado à ideia de que haverá decisões que embora previstas como sendo de competência de um respectivo poder, não poderão ser realizados pelo mesmo sem que assim prejudique o destinatário, assim, totalmente positiva uma atuação proativa tendente a flexibilizar a ideia da Separação de Poderes e garanti-la de uma forma deliberativa, que se entende ser fundamental a essa nova concepção constitucionalista.

Preceitua Robert Alexy que:

[...] Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição [...] (ALEXY, 2012, p. 546).

Não se trata, portanto, de uma relação de supremacia do Poder Judiciário em relação aos demais no momento em que este, embora sem legitimidade representativa, se utiliza do poder de jurisdição constitucional para concretizar uma norma que se encontra expressamente prevista no próprio texto, ao contrário disso, estaria esse poder atuando de modo a realizar a sua própria função de garantidor e guardião da Constituição Federal, conforme artigo 102 “caput”, CF/88 a quem cabe à guarda precípua da Constituição Federal de 1988, garantindo em último caso que se aplique o direito não apenas como consequência da flexibilização da Separação de Poderes, mas sim como algo que advém como exigência da própria Constituição Federal de 1988.

Uma das principais ideias do Princípio da Separação de Poderes, além daquela atrelada ao combate da concentração de Poder pelo Estado, é a devida busca da efetividade das normas constitucionais, sobretudo aquelas encontradas em contextos sociais e concernentes aos direitos e garantias fundamentais.

Acerca desse fato, nós acreditamos não ser cabível e necessário um rigoroso cumprimento do Princípio de Separação de Poderes diante de um Estado que busca em primeiro plano garantir e efetivar os direitos sociais, pois para tanto, por vezes será necessário intervir na função de outro Poder, pelo fato do mesmo ter se mantido inerte e não ter resolvido determinada demanda a que era incumbido. Nesse contexto, o perfeito encaixe e cumprimento

desse princípio tripartite verificam-se em total desconformidade com o atual constitucionalismo vigente.

Sob essa perspectiva, Barcellos (2002, p. 230) conclui que “nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.”.

A verdade é que de fato, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais é o que melhor explica o atual comportamento dos Poderes, sobretudo o STF como guardião da Constituição, possibilitando uma relativização desse princípio constitucional. Assim, há uma necessidade de se atribuir a este aludido sistema da Separação de Poderes, uma concepção mais flexível no tocante à concretização dos direitos e garantias fundamentais, no entanto, minuciosamente cuidadosa a fim de que se evitem violações ao sistema constitucional vigente.

Ainda que haja um total temor em afrontar expressamente a Constituição Federal de 1988, ainda não há de forma eficaz e concreta, um meio que garanta e concretize os direitos fundamentais, logo, o rigoroso cumprimento do princípio da Separação de Poderes mostra-se totalmente inadequado ao cenário constitucional recente pelo fato de existirem as necessidades sociais e pela própria organização estatal, vez que para o cumprimento da proposta do Estado de ser o garantidor e resolver as questões sociais, depende de forma imensurável da atuação proativa de um Poder Judiciário no tocante à função de outro Poder.

Sendo assim, vislumbra-se positiva e imprescindível essa relativização quando visa estritamente guardar a Constituição Federal e garantir a aplicabilidade do direito a seu respectivo destinatário.

Contudo, é extremamente necessário compreender que uma relativização desse princípio norteador apenas é vista com bons olhos sob o prisma constitucional, quando respeita os devidos limites, de modo que o Poder atuante haja de forma controlada e excepcional, com a específica intenção de buscar a solução de uma demanda social a qual não pudera ser resolvida de outra forma, em último caso, e ainda, atuar proativamente para defender e garantir a perfeita aplicabilidade do diploma constitucional.

Essa relativização positiva é diferente daquela capaz de colocar de lado o sistema divisor de poderes, mediante atuações exacerbadas e desnecessárias, das quais seja possível verificar um protagonismo presumido a partir da ideia de soberania daquele determinado Poder atuante, pois assim, se está diante de uma absurda violação, e não mitigação.

O cuidado que se deve ter é no sentido de se atentar à politização da justiça e dos riscos de supressão do modelo constitucional adotado em 1988 permitindo em praticamente todos os casos que ensejem atuação política e representativa, desde que, uma atuação do Poder Judiciário, sobretudo a Suprema Corte como sendo aquela a receber o status de estar incumbido da palavra final, muitas vezes violando não apenas a Separação de Poderes de Montesquieu, mas ainda, uma série de princípios e normas constitucionais, porém, é imprescindível que essa atuação respeite os limites.

Diante de todo o contexto constitucional recente, a partir das mudanças de paradigmas e da necessidade de o Estado, como defensor também das minorias, garantir a todos meios e mecanismos atinentes à propícia qualidade de vida, buscando para tanto, soluções a omissões, violações e mitigações que por ventura coloquem em risco os direitos fundamentais, concluiu-se perante a relativização positiva, responsável e minuciosamente cuidadosa do princípio da Separação de Poderes, que o Ativismo Judicial está justificado no compromisso do Estado com a garantia de aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais. Logo, é correto que o Judiciário, obedecendo aos limites e agindo como guardião máximo da Constituição Federal representado pelo STF, atue excepcionalmente nos casos em que houver omissão legislativa ou executiva capaz de inviabilizar algum direito ou garantia previsto no diploma constitucional, atentando-se por outro lado, aos riscos de politização da justiça sob o Estado quando inobservados os limites de excepcionalidade de sua atuação.

### **3.3 Política x Justiça; riscos de “Juristocracia” no ordenamento jurídico brasileiro**

Torna-se muito importante a passagem pelo estudo dos riscos concernentes à politização da justiça, vez que nem todas as atuações do Poder Judiciário têm sido limitadas à excepcionalidade e as normas da própria Constituição Federal de 1988. Por vezes, o que se verifica é um Poder Judiciário desenfreado e cego, vindo a proferir decisões com teor inteiramente político, o que de fato, coloca a prova e em alerta a todos pela defesa máxima da Constituição.

O principal fato se perfaz na ideia de que a Constituição não pode se manter inerte e ubíqua, tal como não deve o Estado deixar de buscar soluções a evidentes problemas surgidos pela politização de decisões judiciais. Nessa linha, Barroso (2009, p. 24) preceitua que “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.”.

Ainda que haja atualmente diversas formas positivas de se relativizar um princípio ou uma norma constitucional, dando-a nova interpretação ou ainda, por parte do Poder Judiciário, por meio do STF, utilizar-se do status de guardião da Constituição para atuar de forma proativa em diversas decisões tendentes a garantir a efetividade das normas constitucionais, é inegável que há um inequívoco conflito no que tange ao entrelaçamento da Justiça com a Política, onde muito embora esses dois poderes sejam estritamente separados e atribuídos pela própria Constituição, a fim de que não haja mistura nessas duas formas de manifestação de poder, justamente pelo perigo que se encontra em atribuir uma função política a um magistrado ou a um tribunal, tal como à Suprema Corte, todos sem legitimidade representativa advinda da democracia.

Destarte, é necessário compreender e enfatizar quando essa eventual usurpação de competência como sendo iniciadora ao entrelaçamento da política com a justiça é positiva e quando é negativa e preocupante à sociedade, quando a judicialização da vida, como aponta o ministro Luis Roberto Barroso, se coloca em risco à Constituição Federal promulgada em 1988 e a justiça brasileira.

Estariam os magistrados adquirindo um papel de protagonista na relação de poderes? Estaria o Poder Judiciário por si só politizando a justiça e colocando o Estado democrático de direito sobre riscos de Juristocracia? Estaria o STF, principal guardião da Constituição e possuidor da chave da justiça brasileira legislando? E pior, estaria legislando conforme seus interesses? Ou ainda, só estaria o Poder Judiciário com esse status pelo ensejo dado pela inércia parlamentar e crise legislativa? São essas algumas das principais indagações que se faz ao se atrelar a política e a justiça e ao colocar-se diante do evidente temor social e constitucional que existe nessa série de violações.

Existe de fato uma fluidez discutível no que tange à Política e a Justiça no Brasil. Há algumas razões para tal, atreladas à realidade política e ao próprio texto constitucional, tal como as competências conferidas a cada poder.

Embora haja constante discussão acerca da indagação de ser o direito uma política, esclarece-se que existem dois lados a serem compreendidos, quais sejam: o de ser o direito uma política no momento em que a sua criação, como um todo, é de fato um produto da vontade da maioria, vez que a própria constituição faz o respectivo entrelaçamento entre o direito e a política no que concerne a algumas matérias (BARROSO, 2009).

Como exemplo, a aplicação e implementação de políticas públicas à medida das necessidades sociais, sendo garantidas em último plano, caso necessário, pelo Poder Judiciário, respectivamente pelo direito. Assim, a interpretação desse direito, em relação às

Políticas Públicas sempre terá uma dimensão política no aspecto social; e ainda, reluta-se o direito não ser uma política no momento em que esta admite escolhas livres, particulares ou partidarizadas, de interesses que não visem o direito e sim, apenas a classe política, embora a política encontre, muitas vezes, seu limite no direito.

Uma decisão judicial não pode possuir discricionariedade plena, da mesma forma que uma forma de manifestação política também precisa respeitar os limites. Não basta justificar a decisão no fato da mesma estar embasada no que a maioria quer ou no que a representatividade lhe garantiu, por muitas vezes, caberá ao Judiciário realizar sua função de defensor da Constituição, vindo a politizar sua decisão no sentido de garantir a supremacia constitucional e buscar a solução mais correta e justa àquele caso concreto (BARROSO, 2009).

Assim, aduz-se que o Judiciário, jamais agirá por vontade política própria com possibilidade de livre escolha, mas sim, unicamente com a incumbência de atuar em nome da Constituição e da lei, sendo para tanto, diferente em relação às decisões já tomadas pelo legislador.

Ao mencionar a politização do Judiciário, é pertinente aderir à ideia de que muito embora seja estranha tal expressão pelo fato de se dar natureza política a algo que não possuía originalmente essa natureza, é o que de fato, contempla a democracia. Ao passo em que seja possível politizar algo que não possuía natureza política, abre-se um leque para maior e melhor solução e busca da justiça, evitando assim irregularidades.

É fato que haverá por vezes usurpação da representatividade, contudo, quando uma questão social sem a natureza política originária é politizada para influir em uma melhor solução àquele determinado caso concreto, não se porá a democracia em risco, mas sim muito bem representada pela possibilidade de flexibilidade da interpretação constitucional na busca do que bem se aproxima da justiça.

Nesse sentido, considera-se a Politização das decisões judiciais uma das maiores consequências do Ativismo Judicial advindo da ideia neoconstitucionalista, e sendo ainda, a politização negativa e desenfreada de diversas discussões das quais era necessária à devida observância política ao invés de uma justiça ao texto constitucional, um grande reflexo do mencionado Ativismo Judicial exacerbado, desenfreado, ilimitado e completamente ameaçador à estrutura de Estado vigente, uma vez que é necessário que essa politização seja limitada.



### **3.4 Limites à atuação proativa do Poder Judiciário e ao próprio Supremo Tribunal Federal**

Existem alguns limites a serem traçados sob a ótica da própria Constituição Federal, dos quais elencados como imprescindíveis à atuação do Poder Judiciário, uma vez que é extremamente necessário que se faça esse controle, se previna os excessos e se evite o protagonismo de um poder em consonância aos demais. Com isso, entendendo ser o Ativismo controlado do Poder Judiciário imprescindível à efetivação das normas constitucionais até aqui, buscaremos traçar determinados limites a essa atuação, a fim de que seja respeitada a Constituição Federal de 1988 e que sejam ao mesmo tempo concretizadas as garantias a ela pertinentes, advindas dos novos paradigmas constitucionais contemporâneos contrapostos aos sociais.

#### **3.4.1 Limites ligados à Separação de Poderes, às competências, Teoria da Reserva do Possível e Teoria dos Limites dos Limites**

Vislumbra-se como primeira e principal limitação ao Ativismo do Poder Judiciário, presente na normativa da própria Constituição Federal, tanto por meio do sistema de governo republicano adotado, quanto por meio da repartição de competências entre os Poderes. Entretanto, pela Separação de Poderes, como melhor forma de limitar, controlar e conter a atuação dos Poderes, sobretudo a do Poder Judiciário, o Estado tratou de definir precipuamente as competências entre seus Poderes, dado o fato dessa necessidade estatal ter surgido conforme as evoluções constitucionais pertinentes.

Essa divisão, todavia, não poderia estar atrelada a abertura ampla de margens de discricionariedade por parte dos Poderes, uma vez que a mesma foi adotada para melhor organizar e reger as relações sociais perante a Constituição Federal com o principal objetivo de evitar abusos e excessos, para tanto, com a exigência da devida observância por parte de seus intérpretes e do próprio Estado.

Muito embora seja positivo e permitido que seja reformulada à interpretação da ideia da Tripartição de Poderes para um contexto contemporâneo mais flexível de garantia e aplicabilidade constitucional, ainda assim, é imprescindível que se obedeça aos limites das competências previamente definidas a fim de controlar a atuação de um Poder em relação aos demais e mantê-la somente naquilo que concerne essencial, devendo este ir somente até o ponto crucial à materialização da norma.

Conforme já abordado, e disciplinado no artigo 102 da Constituição Federal, cabe ao STF, à guarda da Constituição e demais competências ali elencadas, em âmbito máximo nacional e federal, tal como, por seu turno, ao TJ é cabível as decisões de âmbito estadual concernente a sua competência. Extrai-se daí, que há de fato uma grande importância no teor dessas decisões de última instância, e assim, é extremamente importante que essas referidas decisões gerem precedentes e sirvam de parâmetro a demanda de outras que necessitarão igual teor. Nessa linha, o caput do artigo 926 do Código de Processo Civil tratou de disciplinar em lei própria que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la instável, íntegra e coerente.”

Traduz a ideia de que as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal geram precedentes, não sendo possível que os outros órgãos que estão abaixo desses Tribunais Superiores, não observem e não sedimentem conforme aquele precedente. É uma questão de simetria de decisões, os demais tribunais e juízes abaixo estão vinculados a observar, por disposição expressa do Código de Processo Civil em seu artigo 927, aquilo que outrora foi sedimentado em decisão, justamente para uniformizar as decisões e assim, melhor limitar o próprio Poder Judiciário no tocante à sua atuação.

Logo, considera-se essa ideia do direito de precedentes, uma alternativa a contenção do Poder Judiciário, o qual diante das suas funções e competências atribuídas pela Separação de Poderes, não poderá se omitir, todavia, deverá observar os limites existentes na Constituição e na própria organização do Estado pela Separação de Poderes.

Sob a ótica dos limites de cada Poder, em relação a suas competências, agora quanto às normas constitucionais e a sua aplicabilidade, falar de uma norma de eficácia plena, com aplicação imediata, como sendo principalmente aquelas garantidoras de direitos e garantias fundamentais as quais não necessitam de regulamentação de lei específica para serem exigidas por seus destinatários, não significa dizer que esse fator dispensará a atuação positiva do Poder Público, o qual atuará, ainda que o pleito do destinatário do direito seja de caráter imediato (MASSON, 2018).

Como exemplo, embora seja possível após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme já decidiu o STF, que seja pleiteado de forma de direta e imediata, como norma de eficácia plena que é, que conforme o direito fundamental previsto no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, aquele que comprovar insuficiência de recursos poderá exigir do Estado assistência jurídica integral gratuita, ainda que não haja lei específica disciplinando condições ou meios para tal, no entanto, isso implicará em uma atuação positiva

do Poder Público no sentido de por meio das defensorias públicas, elencadas no artigo 134 da CF/88, efetivar e concretizar essa determinação constitucional (MASSON, 2018).

Assim, verifica-se o poder-dever do Poder Executivo em colocar em plano a execução das normas programáticas, como sendo aquelas determinadas pelo constituinte originário por direitos e garantias fundamentais para em um cenário posterior, funcionarem e serem implementadas no plano material, algumas por meio de leis específicas, pelas Políticas Públicas, e ainda outras, conforme se verificou, de forma direta e imediata, por ser de eficácia plena. Entretanto, deve o Executivo se ater aos limites disciplinados nas competências de cada poder, pela Separação de Poderes.

Nessa perspectiva, acerca da possibilidade de o Estado, se obrigar por meio das normas programáticas a prestar assistência e muitas vezes, acreditando ser justo, abrir demasiadamente seus braços e implementar de forma imediata e geral referidas normas programáticas, surge um novo limite, subsidiário à Separação de Poderes que é a Teoria da Reserva do Possível, cuja observância se faz pertinente não apenas no sistema teórico-jurídico, mas também principalmente na questão econômico financeira do Estado.

A Teoria da Reserva do Possível surge na Alemanha e chega até o Brasil como uma expressão ligada aos limites da reserva do financeiramente possível e segundo Barcellos, (2002, p. 236) “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”.

Explica o fato de que o Estado, enquanto garantidor, incumbido de promover os meios à propícia condição de vida de seus súditos, deverá, permitindo por meio de seus Poderes que se dê o necessário e justo à sociedade, verificar se financeiramente seria possível suprir aquela determinada necessidade social com recursos, de modo a não permitir que a entrega de um recurso de um lado, retire a de outro lado, que pode por sua vez, ser mais importante que aquele primeiro.

J. J. Gomes Canotilho, por seu turno, como crítico a Teoria da Reserva do Possível na sistêmica constitucional, aduz que:

[...] rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’, equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica [...] (CANOTILHO, 2004, p. 481).

Para ele, esse limite tende por vezes a ameaçar como um impedimento à consecução dos direitos e garantias fundamentais uma vez que se previstos na Constituição Federal de 1988 como cláusulas pétreas, não seria correto limitar esse alcance e essa exata concretização apenas quando dos cofres cheios do Estado, devendo o mesmo procurar alternativas hábeis a fornecer a todos conforme suas necessidades, pelo fato de ser justo.

Contudo, ainda que fundamentado na concretização dos direitos e garantias fundamentais como garantia e responsabilidade do Estado, acreditamos ser essa concepção contida e restrita, no momento em que ao atribuir a todos conforme as suas necessidades, apenas por ser justo, sem ao menos verificar e balancear o que de fato é mais importante e o quanto o Estado pode financeiramente colaborar, poderá levar sua situação econômico-financeira ao caos, vez que muito embora no dia de amanhã, todos possam precisar e assim pleitear ao Estado, obviamente não será possível fornecer macas do SUS a todos, mesmo sendo justo.

Logo, fundamenta-se essa teoria da reserva do possível, como um limite, em nossa concepção, como sendo um balanço, no sentido de que o Estado possa fornecer o mínimo e assim, continuar fornecendo à medida que mantenha a estabilidade econômica, impedindo assim, que o Estado se “autodestrua”.

Nessa linha, Ramos (2018) enquanto crítico à atuação ilimitada do Poder Judiciário, principalmente no que tange às Políticas Públicas, se posiciona alegando que o sistema constitucional foi feito para que o Poder Público trace uma estratégia com planejamento futuro, onde não é possível financeiramente dar tudo a todos, assim, deve escolher o mais grave e mais urgente, separando as prioridades e assim limitando os recursos estatais de modo a possibilitar um maior cuidado aos cofres públicos e assim não permitir injustiças futuras ou consequências como prejudicar algo mais relevante do que aquilo que antes recebeu amparo estatal.

O fato é que o Poder Judiciário, enquanto guardião da Constituição e legitimado a julgar, e decidir em último caso, muitas vezes sobre a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, embora dotado de todo conhecimento e sabedoria, não participa e não tem o compromisso com o fechamento das contas, e assim, ao verificar apenas o que é justo, enseja a um futuro estado endividado e inchado, por não ter se limitado às prioridades (RAMOS, 2018).

Atualmente, com o medo de um Judiciário em ascensão, o que mais se verifica são atuações de um Poder que está se auto impondo um papel protagonizado, vindo muitas vezes

a causar um auto gasto ao Estado, justamente por não estar próximo e em harmonia com os demais Poderes para melhor decidir sobre as demandas que chegam até o seu apreço.

Não pode o Poder Judiciário ser um controlador de Políticas Públicas, e o responsável por resolver tudo, a Separação de Poderes tem justamente esse cunho de organizar um sistema que deverá funcionar com a ampla participação de todos os Poderes, cada um na sua função, e a cada vez que se lançam os holofotes ao Judiciário, esperando dele a decisão final sobre tudo, se coloca em risco a economia do Estado, traz-se insegurança jurídica e se coloca a prova à própria Constituição Federal da República. Cabe reflexão ao fato de que não é possível tratar de Políticas Públicas sem planejamento.

Nessa mesma linha, surge, como corolário da Teoria da Reserva do Possível, a Teoria dos Limites dos Limites, na qual se extrai a possibilidade de que os direitos fundamentais são passíveis de restrições ou limitações pelo Estado, na figura do Judiciário, visto que nenhum direito é dotado de caráter absoluto (MENDES, 2017).

Com isso, é imprescindível que seja protegido o núcleo essencial, que surge em algumas constituições, como na Lei Fundamental alemã de 1949 e visa à proteção dos direitos fundamentais como forma de resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais, cujo objetivo era evitar o esvaziamento dos direitos de liberdade pelo legislador democrático com a doutrina das garantias institucionais, em que alguns direitos deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente (MENDES, 2017).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, adotando esta teoria ao Poder Judiciário fixou importantes precedentes a partir desse contexto incorporado da legislação alemã, como uma forma de resposta às demandas sociais buscando relativizar as limitações a direitos fundamentais de modo a protegê-los.

Como exemplo, é possível citar o HC n. 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º-9-2006, no qual o tribunal entendeu pela imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de pena em condenações decorrentes de crimes hediondos, gerando como consequência a violação ao princípio do núcleo essencial (MENDES, 2017).

Nas palavras de Gilmar Mendes, em citação ao voto do Ministro Rodrigues Alckimin na Representação n. 930, na égide da Constituição de 1967, sobre a liberdade de conformação do legislador:

[...] É preciso, portanto um exame aprofundando da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tende ater-se, ao indicar as 'condições de capacidade'. E quais excessos que, decorrentes, direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional [...] (MENDES, 2017, p. 190).

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais estão sujeitos às limitações impostas pelo Estado, devendo o Poder Judiciário se limitar quando diante de direitos fundamentais para que, eventuais restrições estabelecidas pelo próprio Judiciário não acabem por suprimir estas garantias constitucionais, respeitando-se o núcleo essencial da Constituição e a sua normativa.

Ante o exposto, os limites da devida atribuição de competências por funções, buscando a efetiva funcionalidade estatal pelos poderes, tal como o sistema dos direitos de precedentes, previsto no Código de Processo Civil, a ideia do cuidado com a garantia das normas programáticas de aplicação imediata, com a necessidade do planejamento do Poder Público no manejo e na distribuição do que é possível atribuir a sociedade, pela separação daquilo que se verifica ser o mais urgente e imprescindível, pela teoria da reserva do possível, são de fato, formas de se limitar a atuação de um Poder Judiciário perante o sistema da Separação de Poderes e do modelo abrangente de Estado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

É fato que um Judiciário que obedeça aos limites previstos na própria Separação de Poderes, sendo principalmente o STF, tende a cumprir seu papel de guardião e defender à Constituição Federal sem dar margem às mais variadas possibilidades de perda financeira nos cofres públicos do Estado e sem a possibilidade de ser presumidamente o Poder protagonista e soberano na relação de Poderes. Portanto, essa limitação é extremamente relevante no momento em que o Poder Judiciário, deve observando-a, evitar que suas decisões prejudiquem o Estado e conseqüentemente a própria sociedade. Deve, portanto, essa atuação respeitar a viabilidade econômico-financeira e a Separação de Poderes.

### **3.4.2 Da capacidade institucional**

Há, de acordo com Luis Roberto Barroso, como um terceiro meio limitador a ser traçado, o fundamento ativista da capacidade institucional onde preceitua que a:

[...] capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. O próprio Poder Judiciário deve limitar à sua atuação ao que lhe restar essencial e necessária, contemplando assim os outros poderes quando possível a sua atuação, a fim de não atuar como protagonista. Os magistrados embora garantam respostas definitivas à sociedade, não se encontram legitimados a representação, portanto, todo cuidado e cautela para interferir na independência de outro poder ainda é pouco [...] (BARROSO, 2009, p. 16).

Trata-se do autocontrole, da possibilidade de um Poder Judiciário com a importante função de guardar à Constituição Federal, quando diante da evidenciação de ser a sua atuação desnecessária, não cabível ou não apta, se limitar e se dizer incompetente, ou, ainda que atue, que o faça de modo a limitar essa atuação somente ao núcleo daquilo que apresenta ser essencial, como garantia, respeitando assim, por consequência, a liberdade e a independência dos outros Poderes.

É possível verificar em conteúdo jurisprudencial que o próprio Poder Judiciário, se utiliza deste instrumento da capacidade institucional para abster-se de algumas decisões, e verificando não estar apto ou não ser correta sua atuação sem causar violação ao sistema constitucional, se limita e se declara não competente a atuar.

Vejamos:

**1-TJ-MA - AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 65522011 MA (TJ-MA)  
PROCESSO N. 0001402-83.2011.8.10.0000**

**Jurisprudência•Data de publicação: 14/06/2011**

**Ementa: ATO ADMINISTRATIVO. REVISÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SERVIDOR PÚBLICO. AFASTAMENTO SUMÁRIO. ILEGALIDADE. BLOQUEIO DO FPM. IMPOSSIBILIDADE. ATIVISMO JUDICIAL. LIMITES. 1. A prerrogativa de que dispõe a Administração Pública de rever e anular seus próprios atos está condicionada à observância do devido processo legal, especialmente nos casos em que o ato de revisão resultar no desligamento de servidor aprovado em concurso público. 2. É arbitrário e ilegal o afastamento sumário de servidor público sem prévio processo administrativo. 3. Por se tratar de repasses constitucionais, destinados à execução orçamentária das políticas públicas governamentais, não é possível o bloqueio de verbas do FPM. 4. Inexistindo omissão ou recalcitrância da Administração, não há espaço para o ativismo judicial, que não pode ser aplicado de forma indiscriminada, pena de subverter a racionalidade das políticas públicas e do orçamento, causando mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. 5. Agravo conhecido e parcialmente provido. Unanimidade. (grifo nosso)**

Verificou-se nesse julgado, que o referido Tribunal de Justiça, representando o Poder Judiciário e diante de provocação acerca do ato de revisão pela Administração Pública, que por sua vez é representante do Poder Executivo do Estado, e ainda da observância ao devido processo legal, se viu na iminência de proferir decisão no sentido de limitar sua atuação com fundamento capacidade institucional. É possível aduzir que tal decisão, no momento em que profere não ser cabível o Ativismo do Poder Judiciário, reconhece não ter a capacidade institucional adequada àquele caso concreto, restando declarar sua falta de capacidade de modo à resguardar o orçamento, a economia e à própria Constituição Federal.

**2-TJ-MA - Agravo de Instrumento AI 0125882015 MA 0001931-63.2015.8.10.0000 (TJ-MA)**

**Jurisprudência•Data de publicação: 15/10/2015**

**Ementa: - DIREITO À SAÚDE. DESATENDIMENTO A PARÂMETROS MÍNIMOS. ATIVISMO JUDICIAL CONTIDO. 1. O direito à saúde na atual quadra deve ser assegurado de acordo com parâmetros mínimos, entre os quais o de que o medicamento esteja previsto na RENAME ou relações específicas complementares estaduais ou municipais de medicamentos. 2. Em matéria de políticas públicas, o ativismo deve ser contido (judicial self restraint), pois não é recomendável que o Judiciário substitua o administrador público na implementação de políticas em curso, privilegiando uns em detrimento de muitos, agindo, assim, de maneira não igualitária. 3. Agravo conhecido e provido. Unanimidade. (grifo nosso)**

Vislumbra-se aqui, a autolimitação do Poder Judiciário por meio de decisão que reconhece não ser hábil a decidir questões que envolvam Políticas Públicas, sem que essas sejam a primeiro momento, apreciadas pelos Poderes Políticos do Estado. Assim, em tal decisão, exalta-se a obediência aos limites, mais precisamente o limite da Capacidade Institucional dos Poderes. Chama-se a atenção para o fato de que a implementação das Políticas Públicas é de competência do Administrador Público, como representante do Poder Executivo, não sendo, portanto, recomendável no cenário constitucional que a todo momento esse papel seja substituído, vez que o Judiciário não é detentor da capacidade institucional para o apreço dessa aludida matéria.

**3-TJ-MG - Agravo Interno Cv AGT 10000160921847001 MG (TJ-MG)**

**Jurisprudência•Data de publicação: 19/05/2017**

**Ementa: AGRAVO INTERNO - MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO MONOCRÁTICA - CONTABILIZAÇÃO DO TEMPO TRABALHADO NO COLÉGIO TIRADENTES PARA DESIGNAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA - DISCRICIONARIEDADE - RETRATAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ATIVISMO JUDICIAL FONTE DE INSEGURANÇA JURÍDICA. 1 - Cabe à Administração Pública estabelecer os requisitos para a inscrição e classificação de candidatos à designação para o exercício de função pública; 2 - A atuação do magistrado dentro do modelo substancialista representado pelo ativismo judicial com a substituição de critérios adotados pela administração é fonte de insegurança jurídica; 3 - O caráter substitutivo da jurisdição não tem o condão de substituir atos administrativos regulares formados dentro do poder discricionário da administração. (grifo nosso)**

Verifica-se nesse conteúdo jurisprudencial, mais uma vez a figura do Poder Judiciário limitando-se a não ultrapassar o conteúdo essencial de sua atuação. É possível auferir que diante da discricionariedade da Administração Pública de estabelecer os requisitos para a inscrição e classificação de candidatos à designação para o exercício de função pública e da provocação ao Judiciário à substituição desses critérios, esse Tribunal de Justiça reconheceu que seria o Ativismo Judicial nesse caso concreto uma fonte de insegurança jurídica, no momento em que ultrapassaria os limites, vez que a adoção e manutenção desses critérios é de inteira discricionariedade da Administração Pública e não permitindo espaços para uma



atuação do Poder Judiciário que não possui a capacidade institucional para decidir sobre a referida matéria.

Conforme fora possível perceber, nos três julgados exemplificativos, o Judiciário se limitou ao que de fato é de sua competência, esclarecendo quando necessário que embora provocado a dar uma resposta diante de um conflito social, não era unicamente viável a sua atuação, sem que essa causasse transtorno, violações, desconfortos e insegurança jurídica perante a própria Constituição e a sociedade.

Essa concepção acerca da capacidade institucional permite aduzir que um determinado Poder tem a capacidade de por si só, diante de um caso concreto, auferir se seria de fato o mais habilitado a atuar, e desses poderes, respectivamente o Judiciário, como sendo o Poder atuante com a função de guarda da Constituição e de muitas vezes não apenas dizer o direito, mas também aplica-lo de forma concreta.

Insta salientar que embora muitas vezes dotados de um inegável e imensurável conhecimento, como também habilitados a decidir de fato sobre determinadas matérias judicializadas, os membros do Poder Judiciário não possuem a devida representatividade advinda do voto popular, e assim, por consequência, ao atuarem de forma proativa mediante provocação em uma matéria cuja competência pertence a outro órgão é extremamente necessário que este observe os limites quanto a essa atuação, tal como se naquela circunstância, seria de fato uma decisão judicial o melhor caminho a ser tomado ou se não havia outro Poder com uma capacidade institucional antes atribuída pelo fato de possuir mais aptidão.

Dessa forma, como a representatividade e a Separação de Poderes, fundada na repartição de competências são instrumentos hábeis a conter o arbítrio do exercício do Poder Judiciário no contexto do Ativismo Judicial, sendo possível tão somente interferir em último caso, quando não mais possível realizar de outra forma, funcionando excepcionalmente como garantidor, faz-se pertinente ressaltar que a capacidade institucional referente à qual Poder estaria mais habilitado a atuar naquele determinado caso concreto é, por sua vez, uma preciosa forma de se limitar a atuação do Poder Judiciário, sendo na maioria das vezes necessário, o próprio autocontrole deste Poder.

### **3.4.3 O texto normativo da Constituição Federal de 1988**

A Constituição Federal de 1988, como própria instituição desse documento constitucional, traz consigo a disposição de como será a estruturação do Estado e ainda, toda a

normatividade da qual deverá o intérprete garantir, a fim de melhor cuidar das relações entre Estado x Sociedade.

Nessa linha, é importante vislumbrar que alguns dispositivos previstos na Carta Maior, trazem de forma expressa a melhor forma de prevenir excessos e garantir a supremacia da Constituição Federal, com esboços capazes de permitir ao intérprete a compreensão de às vezes ser necessário relativizar algo previsto no próprio texto, com o devido cuidado e a devida obediência aos limites, para que não se permita que uma eventual lacuna existente possa de fato suprimir um direito ou não permitir a sua concretização, o que se verificará como sendo uma violação constitucional pior que aquela que relativizou e atribuiu nova interpretação.

Assim, disciplina o caput do artigo 102 do Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...” extraindo-se que cabe ao STF, como órgão máximo do Poder Judiciário, a defesa à Constituição Federal nas inúmeras incongruências, conflitos e desafios que poderão existir no cenário constitucional.

Partindo-se desta premissa e expandindo-se o pensamento para o momento constitucional contemporâneo, é necessário mais uma vez concluir ser o Ativismo Judicial parte da solução às lacunas existentes entre a política e a justiça, principalmente no tocante à guarda e garantia da Constituição Federal perante os anseios sociais, no entanto, somente será positiva e permitida essa aludida participação mais intensa do Judiciário na vida brasileira quando respeitados os devidos limites previstos no teor da própria normativa constitucional.

Assim, também previsto no texto constitucional, de forma clara, preceitua o artigo 2º deste diploma menciona que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” onde é perceptível a preocupação estatal na correta e devida divisão dos Poderes já mencionada em tópico anterior, justamente para haver um controle de competências e funções que de uma forma contínua, funcione no cenário do Estado Democrático de Direito e não dê margem a arbitrariedades, violações ou prejuízos que possam ser causados ao próprio Estado, ou ainda à sociedade.

Surge, portanto, garantida na própria Constituição Federal, novamente a figura da teoria da Separação de Poderes, que conforme exposição de Pedro Lenza, em citação a ideia de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que:

[...] a divisão funcional de poder, ou, como tradicionalmente se diz, a ‘separação de poderes’ que ainda hoje é à base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual consagrou o Bill of Rights de 1689 [...] (LENZA, 2017, p. 532).

Justifica-se essa inclusão da teoria da Separação de Poderes no modelo constitucional de 1988, justamente para o devido funcionamento do Estado, por intermédio da perfeita harmonia entre os poderes. Com isso, é possível verificar a figura da própria Constituição Federal vigente com mecanismo limitadores ao Ativismo Judicial, no momento em que os Poderes ao atuarem na garantia e supremacia da Constituição Federal, pela colaboração dos Poderes, deverão autolimitar-se ao respeito máximo das competências previamente distribuídas e assim, na ocasião em que seja necessária uma atuação do Judiciário na seara política de outro poder, como forma de obedecer ao artigo 102 da Constituição Federal e assim defender em grau máximo esse diploma, não será negativa e não será uma violação, ao passo em que respeitará os limites disciplinados no próprio texto.

Não obstante a essas normas, o artigo 5º do referido diploma constitucional traz consigo um rol de 78 incisos contendo em forma de cláusulas pétreas, os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, os quais com suor e ardor, foram conquistados e, sobretudo possibilitados a partir das novas concepções constitucionais e da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Logo, conseqüentemente, reluta-se pelo fato de serem essas cláusulas pétreas também limites impostos ao intérprete, o qual, diante dos conflitos em casos concretos ou das mais variadas discussões constitucionais, não poderão de nenhuma forma dar causa a uma interpretação que vise de algum modo suprimir ou abolir um direito ou uma garantia constitucional prevista nesse rol, mas sim, ao contrário, deverá de fato, garantir que esse seja concretizado e efetivado a seu respectivo destinatário, como forma e precisa e limitada de intervir na vida jurídica brasileira. Perfaz a ideia do Estado obedecendo aos próprios limites que criou, não podendo excedê-los sob riscos de rompimento total com o paradigma constitucional vigente.

#### **3.4.4 Dos Princípios Constitucionais**

Circundam pelo sistema constitucional vigente, uma série de princípios dos quais se extrai total normatividade e importância de vinculação.

Diante da relevância constitucional acerca de um Poder Judiciário atuante em tempos modernos, é pertinente traçar alguns desses princípios constitucionais como sendo relevantes e imprescindíveis formas de se conter o arbítrio das decisões judiciais, ou mesmo de sua interferência na seara de outros Poderes. Reluta-se que esses aludidos princípios advém do

próprio modelo constitucional vigente, o qual tratou de dar nova forma e novo status à ideia principiológica até então vigente.

Insta salientar que muito embora não houvesse a respectiva relevância no que tange aos princípios outrora em tempos antecedentes à adoção dos novos paradigmas constitucionais de aplicabilidade e concretização do diploma constitucional no âmbito social, aduz-se que a existência dos aludidos princípios no cenário constitucional passou a ser extremamente imprescindível ao alcance da máxima efetividade e justiça das normas constitucionais, uma vez que visam justamente reforçar as ideias previstas em normas e acrescentar àquelas normas já existentes um status de maior preponderância e respeito, vindo assim a reforçar a sua garantia de aplicabilidade e eficiência.

Não seria adequado ao meio social e constitucional vigente que uma série de princípios com teor normativo constitucional, fosse de qualquer maneira colocado de lado por violações e mudanças ameaçadoras ao modelo constitucional advindo de 1988, ou ainda, que visem uma relativização injustificada dos mesmos, justamente para que como ao relativizar uma norma para preencher uma lacuna ou permitir uma atuação de um Poder na seara de outro, seja também assim feito com um princípio, de modo a permitir novas interpretações e novas formas de se fazer justiça através da ideia da garantia e supremacia da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, o primeiro a ser mencionado como limitador ao Ativismo Judicial é o Princípio da Unidade da Constituição, o qual conforme os dizeres de Pedro Lenza traduz a ideia de que a Constituição Federal deve ser interpretada em sua globalidade, como um todo, e, assim, as aparentes antinomias deverão ser afastadas (LENZA, 2017).

Tal concepção permite aduzir que a própria Constituição Federal de 1988, desde sua promulgação, traz consigo a ideia de não se permitir relativizações ou novas formas interpretativas capazes de colocar a normatividade da Constituição a prova. É terminantemente comprometedor o fato de que seja ela interpretada de modo fracionado, onde o intérprete se utilize somente daquela parte que convém, mas sim, obrigando-se a interpretá-la como um todo, em sua totalidade, como o conjunto normativo que é. Assim, entendendo e obedecendo a esse princípio, dificilmente o intérprete pecará em sua atuação, limitando-se de fato, à unidade constitucional.

Em um segundo momento, vislumbra-se como um dos principais princípios capazes de limitar o intérprete à normativa constitucional é o chamado de Justeza ou Conformidade Funcional, que traz consigo a ideia de exatidão ou certeza.

Segundo Pedro Lenza, fundamenta-se a Justeza na concepção de que o intérprete máximo da Constituição, qual seja: o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da Separação de Poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito (LENZA, 2017).

Esse princípio surge na Alemanha, justamente na tentativa de melhor combater e limitar o Ativismo Judicial alemão, de modo a fazê-lo respeitar a carta constitucional em todas as interpretações de normas. O STF, por sua vez, como sendo o intérprete máximo da Constituição, deve ao se deparar com uma norma constitucional, garantir que a mesma seja aplicada na sua exatidão, de maneira a que ainda que haja eventual relativização a qual tenha se tornado necessário diante de um novo contexto social, não seja permitido que essa nova interpretação subverta a ordem constitucional, sobretudo quando a um novo método interpretativo tende a suprimir um direito ou garantia fundamental expressamente previsto, como consequência.

Como exemplo, o próprio STF, ao decidir sobre a possibilidade de início de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória tende a dar nova interpretação completamente adversa daquela garantida no Princípio da Presunção de Inocência, como sendo uma garantia fundamental, há de se concluir que essa determinada decisão subverte a ordem constitucional ao passo em que suprime um direito constitucional previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, notando-se assim, que teria este tribunal com viés inteiramente constitucional se limitado e guardado à Constituição Federal, caso tivesse respeitado a ordem constitucional e assim garantido a proteção desse direito constitucional de ser presumidamente inocente até que se prove cabalmente o contrário, em decisão condenatória transitada em julgado.

Sob essa perspectiva, Alexandre de Moraes pontua que:

[...] há a necessidade do Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente [...] (MORAES, 2015, p. 124).

Por seu turno, assevera Masson (2018), que esse princípio objetiva impedir que os órgãos encarregados de realizar interpretação constitucional cheguem a um resultado que

subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional estabelecido pela Constituição sob pena de usurpação de competência.

Traduz a ideia de que deve haver por parte do intérprete um minucioso cuidado no que tange ao método interpretativo da norma. De fato, há limites e regras nessa exigência constitucional, justamente a que se garanta o máximo respeito ao diploma constitucional, principalmente no que se refere a sua aplicabilidade e eficiência no contexto social. Assim, ainda que em tempos de crises e diversas discussões constitucionais, é fundamental que se respeite esse princípio, que se mantenha a devida fidelidade e proximidade para com o diploma constitucional.

Nesse sentido, explica-se a importância em tratar o aludido princípio como sendo um dos capazes de limitar a atuação de um Poder Judiciário em tempos de diversas mudanças de paradigmas e conseqüentemente, da necessidade de se dar nova interpretação a determinadas normas.

Em um terceiro momento, traz-se o Princípio da Força Normativa, o qual por si só, garante de forma expressa que a Constituição Federal de 1988 é dotada de total normatividade cabendo aos seus intérpretes garantir precisamente a sua máxima efetividade na solução de conflitos e lacunas, principalmente no contexto social.

Nessa linha, assevera Lenza (2017) em citação a Konrad Hesse que há uma peculiar vontade da Constituição, onde se a ideia será a de melhor efetivar a sua normativa, não sendo apenas pelo poder, mas também pela vontade da própria Constituição Federal, como se vida própria tivesse. Para ele, o texto constitucional apenas se transformará em voz ativa e eficaz se existir por parte de seus intérpretes a plena disposição de seguir uma conduta segundo a ordem nela estabelecida, estabelecendo-se esse pensamento de forma geral.

Assim, ao se deparar com um conflito social, aquele intérprete que tem de fato essa disposição no devido seguimento e cumprimento da conduta constitucional e normativa, estará atuando de forma contida, capaz de limitar e evitar interpretações tendentes a romper o modelo constitucional advindo da Constituição Federal de 1988, e assim, conseqüentemente estará evitando e prevenindo excessos e possíveis violações normativas que coloquem em cheque a força normativa do diploma constitucional.

Por fim, não menos importante, o Princípio da Máxima Efetividade, por sua vez, é o que garante que daquela normativa constitucional, seja extraída a máxima efetividade e máxima proteção social (LENZA, 2017).

Toda norma constitucional tem consigo o caráter normativo voltado à proteção dos direitos e garantias fundamentais, não sendo possível extrair dessa norma a sua capacidade de

melhor defender e garantir os direitos e garantias fundamentais. Não obstante a isso, o que se verifica em tempos atuais, é que em muitas decisões judiciais, se busca na interpretação, uma determinada restrição a esses direitos, de modo a violar implicitamente o referido princípio da máxima efetividade da Constituição e assim não cumprindo seu verdadeiro e essencial papel, qual seja: o de melhor garantir um direito a seu destinatário.

Nesse sentido, é necessário que haja a devida observância por parte do Poder Judiciário, que ao medir as consequências e os ganhos de sua atuação, deverá se limitar aos princípios constitucionais de modo a garantir que de uma determinada norma se extraia sua máxima efetividade social, que seja a Constituição Federal interpretada como um todo, em sua globalidade, e que seja ela interpretada conforme a ordem constitucional advinda do constituinte originário, pela força normativa a que possui.

Em linhas gerais, há de se ressaltar que esses princípios são de fato, poderosas formas de se conter o arbítrio de decisões judiciais tendentes a violar o texto constitucional. Denota-se que àquele intérprete principal, incumbido de em último caso dizer o direito e muitas vezes até concretizá-lo no plano material, como forma de melhor defender a supremacia da Constituição, quando respaldado nesses princípios constitucionais norteadores e com a livre disposição de devidamente observá-los, ainda que decida relativizar uma interpretação a fim de garantir um direito ou garantia fundamental a um indivíduo, estará de fato, obedecendo aos limites constitucionais e atuando de forma totalmente positiva no que tange à efetividade da Constituição Federal perante a sociedade.

Em contrapartida, conforme observado, quando a interpretação não observar aos devidos limites, estabelecidos em normas ou princípios constitucionais, se verificará uma evidente ameaça ao Estado por meio da violação ao texto da Constituição Federal de 1988 e assim, o perigo se encontra nos riscos de supremacia de poderes, de protagonismo e ascensão do Judiciário em consonância aos demais e de violação a diversas normas constitucionais capazes de suprimir direitos fundamentais.

Ante o exposto, sabendo ser o Ativismo Judicial parte da solução omissiva dos Poderes Políticos até aqui, resta esclarecer e melhor fiscalizar a atuação do Poder Judiciário, de maneira a garantir o devido respeito aos limites, o máximo respeito à Constituição Federal e os direitos e garantias nela previstos, onde de fato, se verificará o determinado Ativismo Judicial positivo limitado como sendo aquele que, embora por vezes relativize a Separação de Poderes e uma série de outras normas e princípios constitucionais no cenário constitucional vigente, muito mais garantirá a efetividade e a supremacia da Constituição, do que lhe colocará a prova e sob riscos.

### **3.4.5 A democracia e a representatividade político-constitucional popular pelo sistema Republicano de governo brasileiro**

A interferência do Poder Judiciário por vezes é extremamente tendente a romper a democracia e a representatividade, pois ao ser descuidado e ao não observar tais limites propostos na própria Constituição Federal, permite colocar em cheque o sistema democrático, como reflexo do descuido com a normativa constitucional, uma vez que passa a sociedade a ter suas demandas e pleitos à mercê das decisões judiciais, o que de fato, afasta cada vez mais a “justiça” pela razão de algumas vezes não estarem sendo devidamente representados pelos partidos políticos, e sim, por juízes, dos quais não se extrai legitimidade representativa.

Nesse cenário, a concepção constitucional passada por diversas evoluções, que chega à conquista da democratização, a qual conforme também explorada, permite aduzir que nada adiantaria que lhe fosse com muito ardor o alcance da democracia, para tempos depois ser a mesma ameaçada por decisões judiciais irresponsáveis e tendentes a abolir o modelo de Estado adotado no Brasil ou ainda, a legitimidade representativa. Sendo, portanto, a figura do Estado Democrático de Direito, também um limite constitucional ao arbítrio de decisões judiciais.

Sob esse aspecto da democracia, assevera Silva (2002, p. 236) que esta “não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos e garantias fundamentais que o povo vai conquistando ao longo da história.”.

Tal ideia está associada ao fato de ser a democracia exercida pelo povo e em provento do povo, nessa mesma perspectiva José Afonso da Silva novamente preconiza que:

[...] a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controles de decisões, e de sua real participação nos rendimentos de produção [...] (SILVA, 2015, p. 120).

Dessa forma, compreendendo ser o modelo constitucional democrático vigente, um sistema de participação do povo, é pertinente aduzir que essa concepção se atrela ao fato de ser necessário que a sociedade participe nos mecanismos de resolução de suas questões sociais pelo Estado, como direito democrático inerente à pessoa humana, de modo a firmar e conquistar os direitos e garantias fundamentais pertinentes, não sendo essa participação



unicamente destinada à escolha de seus representantes, mas principalmente no seu completo desenvolvimento.

Outrossim, pela democracia e pelo modelo republicano brasileiro adotado na Constituição Federal de 1988, onde se encontram contornos preponderantes feitos pelo legislador constituinte originário, se extrai que na maioria das vezes o Supremo Tribunal Federal não poderá atuar como tribunal político, já que diante da precípua separação e divisão de Poderes, aquilo que não é considerado imprescindível e basicamente impossível de ser resolvido de outra forma não deverá ser objeto de atuação de um STF que por ventura é um tribunal constitucional. Assim, verifica-se um limite a ser respeitado pelos Poderes, no tocante à forma de atuação proativa de um em consonância aos demais.

Ao ser tratada a ideia de República, aduz-se que todo poder emana da soberania popular, sendo assim, toda decisão tem que respeitar tudo aquilo que de um lado é de competência dos demais Poderes, sobretudo àqueles dotados de representatividade e ainda, de outro lado, tudo aquilo que representa a máxima vontade popular dentro de um contexto republicano, onde o Estado é o próprio povo.

Aduz nesse sentido o parágrafo único do artigo 1º da CF/88, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição” justamente para fomentar que a Constituição Federal de 1988 traz contornos capazes de demonstrar a importância da ênfase democrática no sistema republicano de governo, estando esse regime democrático fundado no princípio da soberania popular (SILVA, 2015).

Desta sorte, sabendo ser o modelo constitucional vigente regido pelo sistema democrático onde se verifica a importância da soberania popular na forma de governo republicana, ainda que seja o STF, guardião da Constituição Federal de 1988, como preceitua o caput do artigo 102, CF/88, não poderá essa relevante função de guarda precípua da Constituição estar lançada a qualquer custo, devendo esse Tribunal Constitucional manter o teor constitucional em suas decisões, ainda que por vezes seja necessário agir como tribunal político no preenchimento de uma lacuna que em último caso se apresente como única forma de concretização de um direito constitucional naquele caso concreto.

Assim, ao ser provocado a resolver uma demanda social cuja observância típica seria do Poder Legislativo ou Executivo, como Poderes políticos e representativos que são, deverá aquele intérprete representante do Poder Judiciário, se limitar à defesa da representatividade, de modo a não interferir contrariamente a vontade popular e assim, de forma precisa, estar em

perfeita conformidade com a Constituição Federal de 1988 e com o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, embora diante de um Estado democrático em crise, sobretudo ao que é atinente à política e a representatividade, é peculiar a percepção de que se limitará àquele Poder cuja atuação respeite a forma republicana de governo e o Estado Democrático de Direito, vez que esse estará de fato enfatizando e representando a vontade popular, sem colocar em risco a representatividade e a democracia. Portanto, tem-se em nossa concepção como um instrumento hábil a conter o arbítrio das decisões judiciais, a legitimidade representativa, mediante voto popular advinda da própria Constituição, a própria figura democrática no Estado brasileiro e por fim, a forma republicana de governo adotada também no Brasil como forma de proteger e melhor elucidar a vontade popular, tal como a consecução dos direitos e garantias fundamentais.

### **3.5 Da reforma política como proposta interventiva para o combate ao Ativismo Judicial exacerbado**

O Estado, como principal responsável pela organização da vida em sociedade e do perfeito equilíbrio que deve existir entre a Constituição, sua aplicabilidade no meio social e as pretensões sociais que surgem a cada dia, tem o compromisso de procurar medidas capazes de não permitir violações consideradas ameaças ao ordenamento jurídico brasileiro e à própria sociedade, de forma que acompanhe e fiscalize os Poderes, suas atuações e funções, tal como seu comprometimento e devido funcionamento, de maneira a não permitir que haja insegurança acerca da Constituição ou que se iniciem constantes discussões negativas acerca da mesma.

Diante desse compromisso, não poderá o Estado se esquivar de sua função de fiscalizador e controlador, vez que os principais prejudicados em eventuais violações e omissões por parte dos Poderes refletiram diretamente nos seus súditos, representados pela sociedade.

Nesse sentido, embora não seja este o objeto direto de estudo do presente trabalho, é evidente que há um enorme problema no Poder Legislativo, sendo causador de diversos problemas constitucionais. É inadmissível que a conduta de omissão excessiva de um Poder legitimado a legislar, cause prejuízo à sociedade que outrora em tempos antigos conquistou com luta seus diversos direitos e garantias fundamentais, sendo alguns deles limitados à

criação específica de lei que permita a aplicabilidade e concretização do mesmo no plano material.

Sob esse prisma, sabendo ser do Estado à árdua tarefa de procurar meios e soluções capazes de melhor organizar a relação entre os Poderes, tal como a sua funcionalidade na sistêmica constitucional, acreditamos que a ideia de uma reforma política no Brasil se apresentaria como uma proposta interventiva de possível solução, agora permanente, ao problema existente nas lacunas e brechas, sobretudo do Poder Legislativo.

O fato é que até então, conclui-se ser o Ativismo Judicial uma solução trazida pelo próprio Estado, sendo extremamente necessário que seja provisório, limitado, cuidadoso e que ao mesmo tempo em que ocorra pelo Poder Judiciário à possível solução às omissões causadoras de prejuízos diretos aos destinatários dos direitos e garantias fundamentais, seja também buscada outra forma de serem esses direitos de fato garantidos e concretizados, porém, pelo Poder competente, aquele legitimado a exercer, preservando-se assim, a representatividade.

Para Barroso (2018), em entrevista para o Jornal Estadão, algumas reformas feitas até então, se limitaram a trazer soluções “cosméticas” e sem a devida relevância, como diminuição do tempo de campanha, a publicidade e propaganda na política, dentre outras, não trazendo consigo um aumento na representatividade do Congresso Nacional, que de fato o obrigue a ser mais atuante. Ressalta ainda que o Congresso Nacional precisa recuperar o espaço que lhe cabe dentro de uma democracia, e para tanto, é imprescindível que a sociedade civil se identifique com ele, que vá junto, apoie e faça valer a legitimação a que lhe é concernida.

Diante das dificuldades enfrentadas pelo sistema político brasileiro, não seria essa reforma política necessária unicamente para o aumento da representatividade e da garantia dos direitos fundamentais, contudo, sendo o trabalho voltado ao estudo do fenômeno constitucional do Ativismo Judicial e suas consequências, buscaremos trazer uma proposta interventiva voltada à funcionalidade do Congresso Nacional, no tocante à representação popular.

Entre as diversas turbações existentes no cenário político atual vigente, ganha destaque na temática do Ativismo Judicial, o sistema partidário utilizado, o qual conforme Barroso (2015), pela alta concentração de partidos de forma desordenada e sem um efetivo comprometimento social, muito mais afasta a política do interesse público e consequentemente da representatividade advinda da Constituição Federal do que a representa.

Acredita-se ser essencial, nesse cenário, a adoção por intermédio da reforma, de um sistema capaz de garantir uma maior integração e atuação partidária, no sentido de interação com a sociedade civil, e ainda, uma urgente diminuição dos partidos, vez que não havendo uma devida contenção, dificilmente esse grande número de partidos conseguirá manter o padrão necessário de participação, comprometimento e bom desempenho.

No que concerne à funcionalidade do Parlamento, exercida pelos representantes e membros do Congresso Nacional, uma alternativa a ser traçada como meio de imposição e obrigatoriedade de participação, é a chamada Cláusula de Barreira (ou desempenho), fundamentada na ideia de que será restringida a participação daquele partido político que não obtiver uma determinada porcentagem de votos no Congresso Nacional, justamente para limitar e ali manter somente aqueles cuja participação e desempenho seja frequente e notória (SOUZA, 2018).

A ideia se perfaz no fato de estar ameaçado apenas àquele partido que não alcançar o número mínimo exigido, na disputa pelas vagas no Congresso, de modo que futuramente, uma possível e provável extinção partidária ocorreria e assim seria possível diminuir em massa o atual número de 35 partidos políticos existentes no Brasil. Reitera-se que essa proposta é meramente interventiva e sugestiva, no sentido de melhor combater a atual “pulverização partidária”, impondo-se um efetivo funcionamento parlamentar.

Cumprir destacar, de acordo com Barroso (2015), que perante essa vertente política atual, a qual por omissões e descumprimentos de funções por parte dos parlamentares, a reforma política deve ocorrer visando aumentar a legitimidade democrática, atribuindo maior capacidade e proximidade entre os representantes e os eleitores, para que assim, um Poder atuante possa de fato, fazer prevalecer à vontade social na medida de suas necessidades.

Por fim, é pertinente argumentar, que não obstante a essa proposta interventiva de reforma no sistema político brasileiro como forma de resolver problemas ligados a constantes discussões democráticas representativas e assim obrigar o funcionamento Legislativo no Congresso Nacional, é extremamente importante que o eleitor, por sua vez, faça sua parte no sentido de possuir o interesse de acompanhar os atos de seus representantes, principalmente como forma de fiscalizar e garantir que aquele outrora escolhido mediante o voto popular, está de fato cumprindo o papel que lhe foi incumbido perante o sistema constitucional.

Diante do exposto, conclui-se que diante do cenário político-constitucional vigente, onde há de fato uma evidente crise de representatividade e legitimação, uma proposta interventiva de reforma política voltada à ideia do aumento da legitimidade democrática, principalmente intervindo na restrição e limitação partidária, a fim de melhorar o

comprometimento e desempenho desses representantes para com a sociedade, seria extremamente positiva quanto à contenção das atuações do Poder Judiciário, prevalecendo assim, a representatividade e a funcionalidade dos Poderes de acordo com a perfeita forma estabelecida no modelo constitucional contemporâneo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao ser mencionado o tema do Ativismo Judicial, de fato, há diversas considerações a se fazer quanto à forma em que este é atualmente imposto ao sistema constitucional vigente, ora de um lado como sendo o principal remediador de omissões políticas representativas, e de outro, em sua forma polêmica e discutível, como uma irresponsável e ameaçadora forma de se permitir excessos e arbitrariedades no ordenamento jurídico, por meio da possibilidade de supremacia e protagonismo de um Poder Judiciário garantidor composto por magistrados sem a devida legitimidade representativa, vindo assim a causar uma série de violações à democracia, a representatividade e principalmente à própria Constituição Federal de 1988.

Para a perfeita compreensão do fenômeno do Ativismo Judicial, sua ocorrência e suas justificativas no Estado Democrático de Direito, tal como as consequências causadas pela sua perpetuação no ordenamento jurídico brasileiro e posteriormente os motivos do mesmo ser intensivamente debatido e por vezes criticado, sendo ainda algumas vezes até temido, foi necessário o início ao estudo do Constitucionalismo, como sendo o movimento ou a ideologia capaz de trazer àquela época de pouca relevância e observância normativa, instrumentos para organizar as normas fundamentais, como também as relações sociais e ainda, principalmente limitar o Poder jurídico conferido ao Estado.

Tratou-se de um movimento social fundamental ao controle e a desconcentração do Poder do Estado, que diante do alcance da ideologia do Constitucionalismo precisou se limitar às necessidades sociais, como forma de respeitar o conteúdo normativo expresso na Constituição e ainda, não permitir que arbitrariedades e prevalência de interesses estatais e pessoais de determinadas classes de governantes, prevalecessem sobre as necessidades coletivas e sociais contrapostas ao Estado. Foi necessário nesse momento, portanto, que o Estado “obrigasse” seus súditos e seus governantes ao respeito máximo ao texto constitucional.

Muito embora esse movimento, de forma indiscutível, tenha sido preciso e contundente, no sentido da prevalência dos interesses sociais, não foi o alcance do

Constitucionalismo, suficiente à concretização dos direitos e garantias fundamentais ali presentes, vez que mesmo diante de um cenário ora social e de controle político, sobretudo quanto ao respeito pela normatividade das questões sociais, ainda faltava à efetiva materialização daqueles direitos disciplinados. Dessa forma, foi extremamente necessário que fosse essa ideia reformulada e reestruturada de modo a romper o paradigma ali presente sem aplicabilidade e agora dar um conteúdo axiológico a tais normas, indo além da preocupação com a mera organização estatal. Surge, portanto, dessa necessidade, o movimento do Neoconstitucionalismo, também chamado de Constitucionalismo contemporâneo ou Pós-positivismo.

Explica-se que com a chegada do Neoconstitucionalismo foi possível mudar totalmente a perspectiva de que a Constituição Federal apenas representava de forma mais contundente à organização do Estado e o controle político, restando atribuir novas preocupações àquele cenário sem normatividade, justamente para nesse novo momento, possibilitar a viabilização da concretização daqueles direitos expressamente previstos no plano concreto. Reluta-se em um momento de total alteração valorativa, culminante de um movimento ainda mais completo que o anterior, com preocupações materiais e de aplicação das normas no contexto social, a fim de que se garanta e assegure o máximo respeito à Constituição e sua efetividade.

Com fulcro, compreendendo-se o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo como sendo marcos cruciais à intitulação da vida em sociedade pela mudança ao paradigma constitucional e possibilidade de concretização dos direitos é pertinente argumentar que um Estado preocupado em dirimir os conflitos sociais que surgem ao decorrer do tempo e se contrapõem ao cenário constitucional, cumpre à Constituição Federal de 1988 e a respeita, tal como enaltece o fato de que embora por vezes seja complicado garantir um determinado direito ou garantia fundamental, seja possível e positivo que se utilize de mecanismos tendentes à proteger e resguardar esses direitos, a fim de evitar prejuízos à sociedade. Exalta-se ao fato de que um desses mecanismos capazes de garantir e viabilizar um direito ou uma garantia fundamental prevista na Constituição Federal é a possibilidade de uma atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na vida em sociedade, pela possibilidade do Ativismo Judicial.

Sabendo ser o Ativismo Judicial uma atuação expansiva do Poder Judiciário no que tange a concretização dos direitos e garantias fundamentais, quando provocado a dirimir conflitos com decisões em meio a omissões legislativas ou executivas capazes de causar um prejuízo significativo ao destinatário do direito é pertinente tratá-lo como resultado dessas

novas concepções trazidas e melhor incorporadas a partir da Constituição Federal de 1988. Surge este fenômeno como reflexo do Estado Democrático de Direito, do conteúdo axiológico da Constituição e de sua normatividade, onde, a partir dos novos paradigmas advindos do Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo moderno, tornaram-se necessárias medidas capazes de garantir de fato esses direitos, na forma mais efetiva possível, ainda que em meio a um cenário de inércia e falta de comprometimento no devido e eficaz funcionamento dos Poderes em suas funções típicas e atípicas.

Reluta-se que o Ativismo Judicial se inicia e se instaura no ordenamento jurídico brasileiro justamente pelo modelo de Estado que se adotou. Desde as concepções constitucionais antigas e posteriores evoluções que levaram o cenário constitucional até aqui, verifica-se uma gigantesca e abrangente tarefa do Estado na função de garantir que seja cumprido o que no texto constitucional se visualiza, assim, como melhor forma de organizar as relações sociais e constitucionais, o Estado se utiliza dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dos quais se extrai uma minuciosa separação de competências e funções, justamente para que o encaixe de suas funções e atuações seja no sentido de melhor proteger à Constituição e os dispositivos nela presentes.

Em síntese, diante de todo o conteúdo explorado pela pesquisa do presente trabalho de conclusão de curso é possível ressaltar que surge o Ativismo Judicial, como resposta às demandas sociais que se contrapõe ao seio do Estado, pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais, em um cenário onde o Judiciário, em razão da inafastabilidade da jurisdição, se vê na iminência de dirimir tais conflitos sociais com respectivo respaldo, como forma de resposta e ao mesmo tempo consequência desse movimento socioideológico e reformador.

Nesse sentido, o Ativismo Judicial é também uma consequência do próprio texto constitucional originário, do qual mediante as aludidas evoluções e rupturas de paradigmas perpetuadas deu ensejo a mecanismos que melhor garantissem e protegessem o texto constitucional. Atualmente ele se faz imprescindível na consecução desses direitos, o que nos permite aduzir em sede do presente trabalho, ser a principal forma de se resguardar e respeitar à Constituição Federal até aqui, tal como sua normatividade e o efetivo cumprimento de seu principal objetivo, qual seja: à aplicabilidade e a efetividade de suas normas no meio social.

Insta salientar, desde logo, que o fato do Poder Judiciário atuar proativamente de modo a interferir na seara de outro Poder como instrumento hábil à concretização dos direitos e garantias fundamentais é amplamente positivo no cenário constitucional vigente, desde que seja essa atuação, cuidadosa, contida e limitada ao único objetivo de expandir sua função

somente ao que concerne o núcleo essencial da consecução do direito, de modo a não ultrapassar limites dos quais é submisso.

O fato de atribuir-se essa tarefa ao Judiciário, não significa dar-lhe ampla capacidade de decidir e interferir em todas as questões pleiteadas pela sociedade sob o argumento de estar sendo garantidor. É essencial que haja um minucioso cuidado na observância dos limites à sua atuação, vez que em nenhuma hipótese poderá estar presumida a soberania de um Poder em consonância aos demais, fato este que por sua vez, seria violação direta ao artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que preconiza tratar-se de Poderes independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, deixando clara a igualdade e a impossibilidade de supremacia de um dos Poderes.

No entanto, ainda que diante de uma temida ascensão do Poder Judiciário e do fato de que haja um vasto risco em permitir que este Poder, que carece de legitimidade representativa popular, participe, crie, modifique e por vezes possa até extinguir conteúdos normativos ligados aos anseios sociais, ainda é o que se verifica como a forma mais constitucional e juridicamente correta de se garantir que tudo aquilo que se encontra expresso na Constituição no que tange aos direitos e garantias fundamentais, seja efetivamente aplicado ao caso concreto. Fato este que melhor se aproxima de uma efetiva solução provisória ao temor de estarem às garantias constitucionais à deriva pela inobservância e omissão dos demais Poderes.

Nesse sentido, aduz-se ante o explorado que atualmente, uma atuação controlada, contida, responsável e limitada do Poder Judiciário, quando provocado a dirimir um conflito social, ainda que este devesse em regra estar sendo apreciado e resolvido pelo Poder Político competente, pela representatividade popular à que possui, tende muito mais a proteger e resguardar à Constituição Federal do que dar ensejo à eventual violação, o que pode ser chamado de Ativismo Judicial Positivo.

É pertinente argumentar que o Judiciário não pode se omitir ou se esquivar da sua função decisória e garantidora, sendo certo que embora também não seja permitido que os outros Poderes se eximam de suas funções devidamente separadas pelo Estado como forma de melhor organizar as relações, torna-se cada vez mais difícil o cuidado do Estado na resolução das lacunas existentes pelas omissões políticas, de alguns representantes que distantes do povo, somente atuam naquilo que lhe confere interesse próprio. Todavia, é justamente pela existência dessas omissões e pela dificuldade do Estado na exigência e efetiva fiscalização do que está ou não sendo realizado pelos Poderes, que o Judiciário precisa estar incumbido de



preencher tais lacunas, na iminência de possuir a função decisória e o status de protetor da normativa Constitucional.

Ousamos ainda aduzir, que violação ao modelo constitucional e rompimento com o paradigma constitucional recente seria o fato de existirem expressos na Carta Maior, direitos e garantias fundamentais que pela inércia dos Poderes legitimados a essa garantia por ventura não estivessem sendo concretizados no contexto social, o que de fato, permitiria o evidente retrocesso a Constituições que antecedem as novas concepções valorativas e de aplicabilidade da Constituição advindas do Neoconstitucionalismo e incorporadas na Constituição Federal de 1988.

De qualquer modo, o Estado é detentor do dever de dar respostas aos conflitos existentes, não permitindo prejuízo à sociedade no tocante a aplicação dos seus direitos. Assim, diante dessa necessidade de dar respaldo aos anseios sociais e procurar mecanismos hábeis à concretização dos direitos e garantias fundamentais, que se atribui ao Poder Judiciário, a responsabilidade de atuar excepcionalmente como tribunal político, como forma de subsidiariamente resolver o conflito em último caso e assim garantir a efetividade do diploma constitucional.

Muito embora algumas consequências do Ativismo do Poder Judiciário causem determinados transtornos e ameaças ao texto constitucional, como é o caso da relativização da teoria da Separação de Poderes de Montesquieu, a crise existente na ausência de legitimidade representativa do Judiciário, da qual se aduz uma determinada flexibilidade em relação ao modelo democrático brasileiro e a politização das decisões judiciais causando riscos de “juristocracia” no ordenamento jurídico ao inter-relacionar o direito com a política, é necessário ressaltar que diante do explorado, ousamos dizer que somente o Ativismo Judicial exacerbado, descuidado, irresponsável e ilimitado é capaz de violar à Constituição Federal a tal ponto de colocar-se em risco o Estado Democrático de Direito.

Por seu turno, o Ativismo Judicial Positivo, cuja atuação proativa ocorra de forma contida, responsável, cuidadosa e limitada a atuar somente na concretização do direito, tende a ser muito mais uma obediência ao diploma constitucional do que seria uma eventual omissão desse Poder com status de garantidor e protetor da normativa constitucional, uma vez que ainda que sem legitimidade representativa, a esse Poder incumbe a função decisória jurisdicional, da qual não poderá se omitir. Em outras palavras, não pode o Poder Judiciário cruzar os braços diante de um conflito que cause prejuízo ao indivíduo.

Diante do exposto, compreende-se ser totalmente constitucional e positivo o Ativismo Judicial que observa e respeita os limites traçados no presente trabalho, quais sejam: os

limites previstos na própria Constituição Federal, tal como o respeito aos direitos e garantias fundamentais como sendo cláusulas pétreas inerentes ao indivíduo; a própria forma republicana de governo cujos traços extraídos do constituinte originário são ligados à normatividade e a soberania popular; a própria teoria da Separação de Poderes, a qual por ventura, nesse cenário constitucional de necessidade da concretização dos direitos e garantias fundamentais, não apenas poderá como deverá ser flexibilizada para a garantia da efetivação da normativa constitucional, todavia, salienta-se que embora relativizada a Separação de Poderes com uma interpretação mais flexível e abrangente, não poderá ser esquecida e violada; a legitimidade democrática advinda do modelo constitucional de Estado que trouxe consigo a soberania popular e participação do povo na democracia pelos representantes escolhidos mediante voto popular, onde o Judiciário deverá, no momento de sua atuação proativa tendente ao suprimento de uma lacuna legislativa ou executiva, observar que deve se conter e garantir somente o essencial resguardando e protegendo os direitos do indivíduo, uma vez que não possui legitimidade representativa para apreciar aquela determinada questão social; da capacidade institucional trazida por Barroso; dos princípios constitucionais fundamentais, dos quais se extrai força normativa capaz de impor ao intérprete do texto constitucional, uma interpretação que proteja e resguarde o direito do indivíduo e jamais subverta a ordem jurídica constitucional, como foi no caso do entendimento do STF pelo início do cumprimento provisório de sentença e total desconsideração do direito à Presunção de Inocência.

Por fim, não menos importante, deve essa atuação do Poder Judiciário observar as Teorias da Reserva do Possível e dos Limites dos Limites, uma vez que, não pode o Estado sofrer o risco de ir à falência pela exacerbação de um Poder Judiciário sem aptidão para atuar nas questões atinentes à economia, que de forma desorganizada, por unicamente acreditar ser justo, passe a conceder tudo a todos, o que de fato, pela ausência de capacidade e de planejamento para tal, em algum momento se porá o Estado em graves problemas econômicos pelo excesso de recursos concedidos sem limitações à sociedade.

A capacidade e aptidão para criação e implementação das Políticas Públicas compete ao Executivo, que mediante planejamento e organização procura viabilizar o que é justo e ao mesmo tempo possível aos cofres do Estado, de modo que, para tanto, procura atender aos anseios sociais mais urgentes e emergenciais. Desta sorte, o Poder Judiciário quando provocado a atuar proativamente na concretização de um direito ligado à saúde, à moradia ou outro que implique em gasto para o Estado, deverá obedecer aos limites e separar o que se verifica emergencial, pois conforme a própria teoria dos Limites dos Limites aduz, não existe

direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, por vezes será necessária à negativa da concessão de um recurso justo ao indivíduo, para que não seja impossibilitado a outro que se trate de uma emergência e seja mais grave futuramente.

Nesse cenário, verifica-se totalmente imprescindível o respeito e a devida observância aos limites, para que não seja o Ativismo Judicial lançado como regra e a qualquer custo, vez que é essencial que esse fenômeno ainda que importante, ocorra de maneira excepcional. Portanto, conforme demonstrado em sede do presente trabalho, é fato que o Ativismo do Poder Judiciário atualmente, apresenta-se como a forma remediadora mais eficaz de garantia e concretização dos direitos fundamentais. Todavia, deve ser tratado como uma solução provisória, até que se promova uma solução permanente menos invasiva à competência dos Poderes.

Dessa forma, não havendo o minucioso cuidado do Estado na manutenção e controle dessas atuações voltadas aos anseios sociais, pela impossibilidade de viabilização pelo Poder político competente e provocação do Poder Judiciário que sendo um tribunal constitucional, se verá na iminência de atuar como tribunal político, constantemente a ameaça de ruptura do modelo de Estado Democrático de Direito por atuações desenfreadas dos representantes do Judiciário estará presente, tendente ao risco da permissão presumida estatal da atribuição ao Judiciário de um protagonismo em consonância aos demais Poderes, o que de fato, catastróficamente seria lançar à deriva o texto constitucional.

Diante do exposto, é justamente por aduzir que o Ativismo do Poder Judiciário deve ser tratado com cuidado e como uma forma de se remediar provisoriamente às omissões parlamentares, que se acredita ser a possibilidade de uma reforma política no cenário constitucional vigente, uma forma de buscar a solução permanente do problema, de modo a diminuir as tensões e os anseios que o Ativismo traz. Seria fundamental, para a efetiva funcionalidade do sistema da Separação de Poderes, que essa reforma trouxesse a ideia de uma diminuição partidária, vez que se considera o excesso de partidos um dos principais motivos pelo vasto afastamento entre os representantes e o povo, o que por óbvio, acarreta no evidente comportamento de omissão de boa parte dos legitimados a garantir os direitos e garantias fundamentais.

Por consequência, tal diminuição partidária, seria o que se apresenta como o melhor meio de combate à falta de comprometimento da maioria dos escolhidos mediante voto popular, sendo fator culminante às lacunas e prejuízos à sociedade, tal como, trazendo como consequência a sistêmica constitucional, a necessidade de atuações proativas cada vez mais constantes do Poder Judiciário, preconizando constantemente o risco de ascensão,

protagonismo e soberania desse Poder, e assim causando o embaraço que se encontra pela ausência de funcionalidade dos Poderes de forma harmônica e organizada.

A cada dia que uma decisão judicial é desenfreada e ilimitada, de modo a ultrapassar o essencial na concretização do direito e interferir de modo irresponsável na seara de outro Poder, pergunta-se onde estava o Poder Legislativo ou o Executivo, que possuindo a competência para tal e evidentemente sendo necessária uma resposta aos conflitos existentes, não atuou e não cumpriu sua função perante a Constituição Federal, fato este que coloca em alerta para o momento atual brasileiro, no qual a falta de comprometimento e efetividade dos Poderes Políticos poderá de fato, ocasionar a ruptura total com o modelo constitucional do Estado Democrático de Direito no Brasil.

De forma coloquial ao tema, expõe-se que diante da discussão da possibilidade do Ativismo Judicial ser a solução e estar ou não em conformidade com a Constituição Federal de 1988, é possível ressaltar de forma exemplificativa, que enquanto tratando do problema com um medicamento que combate e ameniza apenas o sintoma, possivelmente chegar-se-á a um momento no qual será necessário o tratamento para a doença, antes que a piora torne impossível o tratamento e a cura. Nesse contexto, embora seja a atuação do Judiciário eficaz e garantidora, como sendo remediadora até aqui, é imprescindível que em algum momento o Ativismo Judicial seja substituído por uma solução permanente e definitiva à problemática das lacunas existentes, sendo justamente nesse sentido que acreditamos na reforma política como um grande primeiro passo à busca pela solução menos invasiva e que melhor cumpra o texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; COIRO, Adriana Lacombe. Medidas Provisórias e súmulas vinculantes: riscos à separação de poderes. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXII, n. 117, p. 177-183, out. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL, Murilo Naves. **Lula, o Ativismo Judicial e os neoliberais da “nomenclatura”**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/04/17/lula-o-ativismo-judicial-e-os-neoliberais-da-nomenclatura/>. Acesso em: 17 set. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 230.

BARCELLOS, Ana Paula de. NeoConstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Abr/Jun.2005 n° 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em 17 set. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **A reforma política está inacabada no Brasil**. Estadão. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,a-reforma-politica-esta-inacabada-no-brasil-defende-barroso,70002352344>. Acesso em: 17 set. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Reforma Política no Brasil: Os consensos possíveis e o caminho do meio**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/reforma-politica-harvard-ministro-luis.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **A reforma política: Uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4217991/course/section/1057774/Texto%20Barroso%20Sistema%20de%20Governo%2C%20eleitoral%20e%20partid%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto n° 3689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://planaltofacil.blogspot.com/2013/04/presidencia-da-republica-casa-civil\\_16.html](http://planaltofacil.blogspot.com/2013/04/presidencia-da-republica-casa-civil_16.html). Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto n° 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. **Legislação Complementar**. Lei nº 7960 de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm). Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. **Legislação Complementar**. Lei nº 8072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm). Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudências**. Disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277;>  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633;>  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002473&base=baseAcordaos;>  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553;>  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549;>  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334;>  
<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em 22 set. 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Pesquisa de Jurisprudências. Agravo Interno. Processo nº 1000016092184700 . Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Ativismo+Judicial&p=2>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**. Pesquisa de Jurisprudências. Agravo de Instrumento. Processos nº 0001402-83.2011.8.10.0000 e 0001931-63.2015.8.10.0000. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Ativismo+Judicial&p=2>. Acesso em: 26 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo Para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. 540 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998. 1522 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 481.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?. **Jus Navigandi**,

teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/19047/ativismo-judicial-ou-inativismo-parlamentar> .

Acesso em: 17 set. 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 12. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHAVES, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil> .

Acesso em: 17 set. 2018.

DOBROWOLSKI, Silvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**.

Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1095-1109-1-PB.pdf> .

Acesso em: 17 set. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações.

**Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas** – Ano 1, n. 2. Disponível em:

<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21> . Acesso em: 17 ago.

2018.

JÚNIOR, André Puccinelli. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**.

Minas Gerais: Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

1560 p. (Revista, atualizada e ampliada).

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

1528 p.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018.

(revista atualizada e ampliada).

MEDEIROS, Amanda. **Judicialização ou Ativismo Judicial? Entenda a diferença!**

Disponível em: <http://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/#top>. Acesso

em 17 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Paulo Gustavo Gonet Branco. –

12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. (revista atualizada e ampliada).

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **O Poder Judiciário e sua vinculação aos direitos fundamentais**, 30 mar. 2010, <http://www.lfg.com.br>. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23347/o-ativismo-judicial-no-brasil/2>. Acesso em 15 set. 2018.

PINTO, Marcos José. **Uma visão crítica sobre o ativismo judicial no Brasil**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3674, 23 jul. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24991> . Acesso em: 17 set. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo do Judiciário inviabiliza, em boa parte, o modelo brasileiro de Estado. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-11/entrevista-elival-silva-ramos-ex-procurador-geral-sp> Acesso em: 17 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOUZA, Isabela. **Reforma Política: 8 mudanças para ficar de olho**. Disponível em: <http://www.politize.com.br/reforma-politica-mudancas-para-2018/>. Acesso em: 17 set. 2018.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.



