

Uni-ANHANGUERA – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS
CURSO DE DIREITO

**O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES**

LEMUEL LUCAS DE CARVALHO LEITE

GOIÂNIA
Maio/2019

LEMUEL LUCAS DE CARVALHO LEITE

**O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E DOS
PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, sob orientação da Professora Ma. Cassira Lourdes De Alcântara Dias Ramos Jubé, como requisito parcial para elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso.

GOIÂNIA
Maio/2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

LEMUEL LUCAS DE CARVALHO LEITE

ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, defendido e aprovado em ___ de ___ de _____ pela banca examinadora constituída por:

Ma. Cassira Lourdes De Alcântara Dias Ramos Jubé
Orientadora

Ma. Márcia Santana Soares
Examinadora

RESUMO

O ativismo judicial é importante fenômeno jurídico que ocorre no dia-a-dia do Poder Judiciário brasileiro, visando garantir os direitos fundamentais, bem como diminuir as injustiças sociais, no entanto, é tema extremamente controverso, haja vista que contrapõe-se a importantes princípios, como o principal deles, a separação e harmonia entre os Poderes. Necessário se faz, portanto, a delimitação do Poder Judiciário, que acaba tendo papel de protagonismo em meio ao Estado Democrático de Direito, sendo que tampouco é formado por representantes eleitos do povo. Demonstrar-se-á como se deu a criação dos Poderes Estatais, bem como será verificado o funcionamento da separação e harmonia dos Poderes no ordenamento jurídico do Brasil. Ademais, o termo ativismo judicial será conceituado, bem como será analisado os impactos que tal fato tem causado no Brasil. A presente pesquisa valer-se-á de pesquisa qualitativa, empregando os métodos histórico, analítico, hipotético-dedutivo e comparativo, através da coleta de materiais de forma indireta, bibliográfica e documental em doutrinas, leis, julgados, artigos científicos, com o intuito de apontar que, embora os magistrados ao valer-se do ativismo judicial para decidir possam incorrer na falta de extrapolar as atribuições do estado-juiz passando a interferir em outro Poder, devem sempre fundar-se na garantia dos direitos fundamentais de cada cidadão, mesmo que motive uma atitude mais ativa do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Direitos fundamentais. Reserva do possível. Mínimo existencial. Direito Constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES	10
1.1 Princípios que regem a Organização dos Poderes	10
<i>1.1.1 Separação dos Poderes</i>	10
<i>1.1.2 Soberania Popular</i>	11
<i>1.1.3 Inércia do Poder Judiciário</i>	13
1.2 Origem e Formação dos Estados	13
<i>1.2.1 Perspectiva Histórica</i>	13
<i>1.2.2 Atribuições dos Poderes</i>	15
2 CONSTITUCIONALISMO	18
2.1 (Neo)Constitucionalismo	18
2.2 Poder Constituinte	20
<i>2.2.1 Poder Constituinte Originário</i>	20
<i>2.2.2 Poder Constituinte Derivado Reformador</i>	21
2.3 Controle de Constitucionalidade	23
<i>2.3.1 Controle de Constitucionalidade Preventivo</i>	24
<i>2.3.2 Controle de Constitucionalidade Repressivo</i>	26
3 ATIVISMO JUDICIAL	36
3.1 Considerações Preliminares	36
<i>3.1.1 Conceito</i>	36
<i>3.1.2 Histórico</i>	38
3.2 Sistemas Jurídicos	40
<i>3.2.1 Common Law</i>	40
<i>3.2.2 Civil Law</i>	42
<i>3.2.3 Sistema Jurídico Brasileiro</i>	45
3.3 As Implicações do Ativismo Judicial	46

<i>3.3.1 Ante os Poderes Estatais</i>	46
<i>3.3.2 Ante os direitos fundamentais</i>	49
3.4 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal	53
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

Refere-se a pesquisa qualitativa, na qual apresenta de forma explicativa o fenômeno jurídico do Ativismo Judicial, demonstrando seus reflexos no âmbito jurídico e social, bem como se através do supramencionado fenômeno ocorrem violações aos princípios constitucionais da Separação e Harmonia dos Poderes e ainda, se a democracia é prejudicada diante da ampliação do alcance da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Empregando os métodos histórico, analítico, hipotético-dedutivo e comparativo, tendo em vista que o objeto do presente é também fruto de ampla discussão em muitas partes do mundo, possuindo sua origem há séculos atrás, não podendo, limitar-se a discussão do presente estado das coisas. Cabe ainda acrescentar que, diante da análise de todo o contexto histórico-jurídico, bem como como é a reação dos ordenamentos jurídicos de algumas nações que poderá chegar-se a conclusão dos efeitos que o Ativismo Judicial poderá gerar na nação brasileira.

Por fim, salienta-se que através da coleta de materiais de forma indireta, como de maneira bibliográfica, quanto documental, quais sejam: doutrinas, leis, jurisprudências, além de outras fontes, assim pretende-se abranger várias teses sobre o tema, de maneira que haja uma rica base teórica-filosófica, contribuindo, portanto, para a captação do tema, além de servir como subsídio para o desenvolvimento da pesquisa.

Observa-se que no presente contexto político-jurídico em que vive o Estado brasileiro, os Poderes Estatais ganharam ainda mais visibilidade, e entre eles o que se destaca é o Poder Judiciário, que através de decisões em assuntos polêmicos e controversos vem exercendo um grande papel na sociedade.

Por outro lado, é nítido a existência da crise de representatividade dentro dos Poderes Políticos, quais sejam: Poder Executivo e Poder Legislativo, o que corrobora cada vez mais para o destaque do Poder Judiciário, que embora não seja o representante do povo, vem causando grandes impactos em toda a sociedade.

Atualmente, a democracia brasileira é exercida através da eleição de representantes que governam defendendo os interesses daqueles que o elegeram, a denominada representação indireta, prevista nos artigos 1º, parágrafo único; 45, 46 e 77 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

De outra forma, também existe o chamado ativismo judicial que é tema de

constante discussão, pois gera a desconfiança no Judiciário por estar usurpando funções que não lhe pertencem.

Diante do exposto, cabe recordar que surgiu no absolutismo francês o movimento que mais tarde se conheceu como Revolução Francesa, com ideais concentrados em retirar da mão de uma pessoa todos os poderes do Estado, trazendo à tona o que grandes pensadores antecessores como: Aristóteles, Montesquieu, já haviam refletido a respeito, que o Estado deveria ter três poderes, sendo eles: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, sendo assim, o poder estaria repartido em três esferas dificultando a tomada totalitária de um dos Poderes frente ao outro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 2º demonstra sua recepção a tal ideal e reforça que além de independentes, os poderes devem ser harmônicos entre si, podendo em alguns casos possuir algumas funções atípicas. Com isso, mesmo exercendo essas atividades, cada um dos poderes continua em sua esfera de atuação não ferindo as atribuições de outro poder, garantindo a harmonia e separação entre eles.

No entanto, o que se observa nos dias atuais é uma completa paralisação do Poder Legislativo que diante da crise de representação não produz, e quando produz, acaba sendo barrado pelo Poder Judiciário. Já por parte do Poder Judiciário infere-se que tem atuado como nunca, claro, em razão da judicialização, que conforme Barroso possui 03 (três) grandes causas, quais sejam: redemocratização do país; constitucionalização abrangente; sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2012, p. 03).

O Poder Executivo, por sua vez, além daquelas funções que necessita exercer, ainda tem muitas vezes que se redobrar para além de atender as decisões judiciais em seu desfavor para que cumpra determinada obrigação, ainda precisa acatar inúmeras recomendações do Ministério Público, resultando em grande sobrecarga da máquina pública e ainda gerando sua ineficiência.

O primeiro capítulo do presente trabalho apresenta como se dá a organização dos Poderes no Brasil, discutindo-se a respeito dos princípios dos Poderes Estatais, como o princípio da separação e harmonia entre os Poderes, bem como a soberania popular e o princípio da inércia do Poder Judiciário. Também pontua-se a respeito da origem e formação dos Estados e as atribuições de cada Poder.

Por conseguinte, no segundo capítulo há a discussão acerca do Constitucionalismo, discorrendo a respeito do Poder Constituinte e o Controle de Constitucionalidade.

Por fim, no último capítulo apresenta-se acerca do ativismo judicial, traçando

conceitos, efeitos, além de narrar a respeito dos sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*, e por último sobre o cabimento do ativismo judicial, ante a separação dos poderes e aos direitos fundamentais, apresentando após casos de ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.

Com isso, após a explanação dos temas retromencionados, indubitavelmente, poderá expedir juízo de valor a respeito dos benefícios e prejuízos do ativismo judicial, tendo em vista seus efeitos na sociedade como um todo. Analisa-se, assim, se o ativismo judicial pode ferir os princípios da separação, independência e harmonia dos Poderes, bem como a democracia brasileira, além de verificar se é plausível o controle de constitucionalidade em situações em que direitos e garantias fundamentais estão sendo quebrados.

1 DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

1.1 Princípios que regem a Organização dos Poderes

1.1.1 Separação dos Poderes

O art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Além disso, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe da seguinte maneira: “Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” Vê-se assim a importância da Separação dos Poderes não somente no Brasil, mas em todo globo terrestre.

De acordo com a doutrina jurídica a divisão funcional do poder, ou seja, a separação dos poderes não adveio de apenas um homem, mas é o resultado da revolução constitucional inglesa, conhecida como *Bill of Rights* de 1689 (FERREIRA FILHO, 2015, p. 163).

Esse ideal, mais tarde classificado por Montesquieu, visava a tripartição das funções do Estado, entre as funções administrativas, legislativas e jurisdicional. No entanto, “Essa classificação que é devida a Montesquieu encontra, porém, antecedentes na obra de Aristóteles e de Locke” (FERREIRA FILHO, 2015, p. 164), acrescenta ainda Uadi Lammêgo Bulos, que outros grandes nomes da filosofia jurídica contribuíram para a construção da Organização dos Poderes como se vê em nossa Constituição de 1988, como: Hobbes, Bacon, Maquiavel, Rousseau, Políbio, Hume e outros (BULOS, 2014, p. 1075).

Buscando-se a limitação do Poder estatal, visando a proteção das pessoas em suas liberdades individuais, na luta contra o Estado Absolutista, houve a elaboração de técnicas para garantir o controle estatal, pelos indivíduos e pelo próprio Estado.

Conforme narra o referenciado autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, uma das técnicas de controle do Estado é a divisão territorial, ou seja, o federalismo, outra forma de limitação do poder estatal, segundo o autor é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e por fim, e não menos importante a divisão funcional dos poderes (FERREIRA

FILHO, 2015, p. 162).

Dessa forma, entende-se que:

A divisão impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes. Ela estabelece, pois, um *sistema de freios e contra pesos*, sob o qual pode vicejar a liberdade individual. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 163)

Posto isso, tem-se que a separação de poderes é mais que meramente organizacional, mas também serve como um sistema de freios e contrapesos a fim de limitar a atuação do Estado na vida privada de cada cidadão.

Apesar disso, entende-se que na atual perspectiva brasileira, a distinção das funções estatais deve ser analisada no ponto de vista relativo, bem como da harmonia que deve haver entre os Poderes, conforme se vê a seguir:

Significa dizer que a doutrina clássica da separação de Poderes, que distingue a legislação, a administração e a jurisdição, atribuídas a órgãos distintos e independentes entre si, e que impregnou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 16) e a nossa Carta de 1988 (art. 2º), deve ser vista, no Brasil, na ótica da relatividade. (BULOS, 2014, p. 1075).

Portanto, deve ser sopesado nos dias atuais, até onde se estende a separação dos poderes, em razão da harmonia dos poderes. Tendo em vista as funções atípicas de cada poder, ou seja, até que limite é cabível a atuação de um Poder estatal, sem que haja a invasão da função do outro poder. O que é objeto do presente trabalho, a análise do cabimento do Ativismo Judicial em meio a Separação dos Poderes, conforme exposto no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1.1.2 Soberania Popular

O Estado pode ser definido como: “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (DALLARI, *apud* LENZA, 2015, p. 499), nesse sentido o art. 1º, *caput* e incisos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe, acerca da formação e fundamentos do Estado brasileiro, da seguinte maneira:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Assim, entende-se a formação do Estado brasileiro como a união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Nesta senda, o parágrafo único do artigo susomencionado, aponta o regime democrático do Brasil, no qual o povo irá escolher aqueles que irão dirigir o país, através do voto, levando em conta a supremacia da vontade popular, ou seja, para se valer República, termo latim que significa “coisa do povo” ou “coisa pública”.

Nessa baila, encontra-se o princípio da soberania popular, que nada mais é do que:

[...] a causa intrínseca causa da soberania do próprio Estado brasileiro, é a fonte do dinamismo da democracia. Na verdade, é o princípio que permite sua atualização por meio de eleições regulares e periódicas, livres e limpas, proporcionando a transformação da opinião pública em vontade política, democraticamente manifestada pelo desejo do verdadeiro titular do poder político: o povo. (MACHADO e FERRAZ, 2015, p. 04).

Além disso, cabe apontar a importância da proteção aos direitos políticos, pois a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal, que nada mais é do que um direito que expressa a soberania popular (SILVA, *apud* MACHADO; FERRAZ, 2015, p. 89), pelo voto direto e secreto e mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, nos termos do art. 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Conforme aponta o ilustríssimo ministro Gilmar Ferreira Mendes: “os direitos políticos formam a base do regime democrático” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 753), sendo, com isso, indispensáveis tais direitos aos brasileiros, pois que, uma vez quebrados podem abalar toda a estrutura do Estado Democrático de Direito construído na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Portanto, a soberania popular está intimamente ligada à Organização do Estado, bem como a Estrutura dos Poderes, pois não haveria Poder Legislativo ou Executivo sem o direito ao sufrágio universal.

1.1.3 Inércia do Poder Judiciário

Um dos mais importantes princípios da Teoria Geral do Processo é o da inércia do Poder Judiciário, que não pode agir de ofício, ao deparar-se com situações que vão em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio, mas deve manter-se inerte.

A forma de se quebrar a inércia da jurisdição estatal se encontra na ação daquele que possui interesse na demanda, bem como legitimidade de agir. O professor Daniel Amorim Assumpção Neves, traz em sua obra definição notória acerca da inércia do Poder Judiciário, conforme se mostra adiante:

O princípio da inércia da jurisdição é tradicional (“*ne procedat iudex ex officio*”), ainda que exista certa polêmica a respeito de sua extensão. O mais correto é limitar o princípio da inércia da jurisdição ao princípio da demanda (ação), pelo qual fica a movimentação inicial da jurisdição condicionada à provocação do interessado. Significa dizer que o juiz – representante jurisdicional – não poderá iniciar um processo de ofício, sendo tal tarefa exclusiva do interessado. Esse princípio decorre da comprovação inequívoca do direito de ação, sendo o direito de provocar a jurisdição por meio do processo, é disponível, cabendo somente ao interessado decidir se o exercerá no caso concreto. (NEVES, 2018, p. 83).

Ante ao exposto, vê-se a preocupação do ordenamento jurídico pátrio em garantir apenas aos titulares de direitos, a possibilidade de quebra da inércia jurisdicional, a fim de preservar os interesses individuais de cada cidadão.

1.2 Origem e Formação dos Estados

1.2.1 Perspectiva Histórica

A origem do Estado sempre foi tema de discussão em todos os momentos históricos, daí surgiram diversas teorias resultantes de raciocínios hipotéticos acerca do surgimento do Estado. Dito isso, deve-se apontar as duas espécies de indagação quanto a origem do Estado: a primeira a respeito da época do aparecimento do Estado, a outra relativa aos motivos que determinaram e determinam o surgimento dos Estados. (DALLARI, 2011, p. 59).

Na análise da época do surgimento do Estado, entende-se que o nome Estado como sociedade política, só mostra-se no século XVI, existindo três posições essenciais a

serem expostas, quanto ao seu aparecimento. A primeira revela que, de igual modo a sociedade, o Estado sempre existiu; em segundo lugar, admite-se que na medida que as necessidades dos grupos sociais apareciam, o Estado foi sendo formado para atender tais anseios, não sendo concomitantes em todo o globo terrestre, aparecendo diante das necessidades de cada povo. (DALLARI, 2011, p. 60).

A terceira posição acerca da época de surgimento dos Estados somente admite como Estado a sociedade política dotada de características bem definidas, como da soberania, como aponta Karl Schmidt. (DALLARI, 2011, p. 60).

No que tange aos motivos que determinaram o surgimento dos Estados, Sahid Maluf aponta as principais: a teoria da origem familiar; a teoria patrimonial e a teoria da força (MALUF, 2017, p. 83).

Assim, cabe analisar cada uma dessas teorias apontadas, iniciando-se pela teoria familiar, que subdivide-se em teoria patriarcal e teoria matriarcal. A teoria patriarcal sustenta a ideia de que o Estado deriva-se do núcleo familiar, no qual autoridade suprema era exercida pelo patriarca da família, ou seja, o varão mais velho. Sendo a Grécia, Roma e o Estado de Israel exemplos nítidos de tal teoria, tendo como base teórica a Bíblia, Aristóteles e o Direito Romano (MALUF, 2017, p. 84).

Já a teoria familiar, matriarcal expõe que o Estado originou-se do núcleo familiar que tinha como autoridade suprema e dirigente das famílias primitivas a mãe, antes mesmo do surgimento do núcleo familiar patriarcal, pois diante da convivência primitiva promíscua, não havia formas de encontrar a paternidade, cabendo a genitora a autoridade daquele núcleo. (MALUF, 2017, p. 85).

No que tange a teoria patrimonial, o Estado tem suas origens na união de profissões econômicas, sendo uma organização destinada a proteger a propriedade e regulamentar as relações patrimoniais, justificando que a propriedade é um direito natural, antes mesmo do Estado (MALUF, 2017, p. 85).

Por fim, têm-se a teoria da força, que defende que o Estado surgiu da dominação dos mais fortes em detrimento aos mais fracos (MALUF, 2017, p. 86), dessa forma, percebe-se o que o médico, filósofo e professor de ciência política de Frankfurt, Franz Oppenheimer escreveu acerca desta teoria:

[...] o Estado é inteiramente, quanto à sua origem, e quase inteiramente, quanto à sua natureza, durante os primeiros tempos da sua existência, uma organização social imposta por um grupo vencedor a um grupo vencido, destinada a manter esse domínio internamente e a proteger-se contra ataques exteriores. (OPPENHEIMER, *apud* MALUF, 2017, p. 86).

Outros importantes teóricos também defenderam esse ideal, como Thomas Hobbes, principal discípulo de Bacon, defendendo que o Estado surgiu do resultado da vitória dos mais fortes, a fim de manter o poder sobre os perdedores, além disso, também distinguiu as categorias de Estados, quais sejam: o real que se forma com a utilização da força, e o racional, que é o defendido pelos contratualistas. (MALUF, 2017, p. 86)

Já em um entendimento mais moderado, a força que dá origem ao Estado não seria apenas a força bruta, mas também a força que promove a união em busca da realização da justiça.

Ante as teorias analisadas, entende-se que nenhum Estado pode existir sem a existência de seus elementos necessários, pois diferentemente de Nação que é uma entidade de direito natural, o Estado é um fenômeno jurídico, criado pelo homem (MALUF, 2017, p. 70), com isso, havendo a existência dos três elementos necessários – população, território e governo – há a formação de um Estado.

1.2.2 Atribuições dos Poderes

Os Poderes Estatais Brasileiros são definidos da seguinte maneira: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Isto posto, passa-se a análise da atribuição de cada um dos poderes.

O Poder Legislativo é caracterizado por ter como principal atribuição a criação de normativas legais, que conforme José Afonso da Silva “consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis” (SILVA, *apud* LENZA, 2015, p. 589), além de fiscalizar as contas da Administração Pública.

Quanto a estrutura “[...] diz-se que no Brasil, em âmbito federal, é bicameral, isto é, composto por duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, a primeira constituída por representantes do povo e a segunda, por representantes dos Estados-Membros e do Distrito Federal [...]” (LENZA, 2015, p. 597), no âmbito estadual (Assembleia Legislativa) e municipal (Câmara dos Vereadores) o órgão legislativo é unicameral, seguindo esta mesma regra no Distrito Federal (Câmara Legislativa) e também nos Territórios Federais (Câmara Territorial).

A regra geral para o Poder Legislativo é criar leis, mas considerando suas funções atípicas, também administra e julga. Administra quando dá provimentos a cargos,

promovendo servidores, além de julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade, nos termos do art. 52, inciso I da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. “Dentro da predominância da função legiferante, também são desempenhadas tarefas secundárias de grande magnitude, donde defluem consequências jurídicas relevantes.” (BULOS, 2018, p. 1.092).

No que tange ao Poder Executivo, o Brasil adotou o Presidencialismo, no qual o Presidente da República é o chefe de Estado e de governo. Assim, entende-se que este é o Poder que tem função de administrar, além de manter a ordem interna e exercer a soberania nas relações internacionais. Conforme infere-se do art. 76 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”, o Chefe do Executivo não administra de maneira isolada, podendo contar com seus auxiliares.

No âmbito federal o chefe do executivo é denominado como: Presidente da República, na esfera estadual e distrital de Governador, nos Municípios Prefeito, e por último nos Territórios Federais o Presidente da República nomeia um Governador, que após aprovado pelo Senado Federal, passa a exercer suas funções.

Como já exposto alhures, a principal tarefa do Poder Executivo é administrar o Estado, tanto internamente, quanto na política externa. Já suas funções atípicas encontram campo no que tange a adoção de medida provisória, com força de lei, como descrito no art. 62, *caput* da Constituição Federal da República de 1988, bem como no julgamento de defesas e recursos administrativos.

Por último, o Poder Judiciário tem como principal função o exercício da jurisdição, sendo segundo as palavras de Uadi Lammêgo Bulos:

[...] um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas. Sua independência e imparcialidade, asseguradas constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas.

Além de administrar a justiça, solucionando conflitos, o Poder Judiciário é, também, o oráculo da Constituição. Juízes e Tribunais, indistintamente, têm o dever de obediência às normas constitucionais. Para tanto, o constituinte outorgou-lhes garantias, dentre as quais a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, que existem para evitar reprimendas e pressões ao ofício de julgar. (BULOS, 2018, p. 1295).

Dessa forma, cabe analisar a estrutura judiciária, que tem como principal Tribunal o Supremo Tribunal Federal (STF), que é o guardião da Constituição, seguido pelos Tribunais Superiores, quais sejam: Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho

(TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal Militar (STM), não havendo hierarquia entre eles, mas apenas divisão de competências (BULOS, 2018, p. 1324).

A Justiça brasileira se divide em comum e especial. A Justiça comum tem como Tribunal Superior, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), subdividindo-se em Justiça Federal (exercendo também jurisdição através dos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais), Justiça do Distrito Federal e Territórios (exercendo também jurisdição através dos Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios) e Justiça Estadual Comum (exercendo também jurisdição através dos Tribunais de Justiça Estaduais e Juízes de Direito) (LENZA, 2015, p. 853)

A justiça especial, por sua vez, é subdividida em Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar. A Justiça do Trabalho tem como eminente Tribunal, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e também exerce jurisdição através dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Juízes do Trabalho. Já a Justiça Eleitoral, possui o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), como súpero Tribunal, composto por Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais (LENZA, 2015, p. 854).

A Justiça Militar é a última subdivisão da justiça especial, sendo composta no âmbito da União pelo Tribunal Superior Militar (TSM) e Conselhos de Justiça. No âmbito estadual, distrital e dos Territórios Federais é composta pelo Tribunal de Justiça, quando efetivo militar é superior a 20.000 (vinte mil) integrantes e, em primeiro grau pelos Juízes de Direito (LENZA, 2015, p. 854).

Por fim, além de sua atribuição originária em julgar, o Poder Judiciário também exerce funções atípicas, como na elaboração do regimento interno dos tribunais, bem como na concessão de férias e organização de pessoal.

2 CONSTITUCIONALISMO

2.1 (Neo)Constitucionalismo

Tendo em vista a diversidade de constitucionalismos existentes, como o inglês, o americano e o francês, opta-se por utilizar o termo “movimentos constitucionais” (CANOTILHO, *apud* LENZA, 2015, p. 70). Nesta esteira, o Constitucionalismo pode ser definido da seguinte maneira:

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. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (CANOTILHO, 1993, p. 51).

O surgimento do Constitucionalismo se dá, mesmo que timidamente, na Antiguidade, em meio ao Estado teocrático hebreu. Nesse contexto, os profetas possuíam a legitimidade de fiscalizar os governantes, ante aos parâmetros bíblicos, bem como nas Cidades-Estados gregas, nas quais a democracia era exercida de forma direta pelos cidadãos da *Pólis* (LOEWENSTEIN, *apud* LENZA, 2015, p. 71).

Ao avançar no contexto histórico, no período da Idade Média encontra-se um grande marco para o constitucionalismo, o advento da *Magna Cartha Libertatum* de 15 de junho de 1215. Infere-se que a Idade Média foi um período tenebroso para os direitos e garantias individuais e coletivos, com isso, surgiu na era medieval a busca do controle estatal, bem como a ideia de constitucionalismo em busca da limitação do poder estatal arbitrário (BULOS, 2018, p. 70).

Mais adiante, no período do Constitucionalismo denominado – Constitucionalismo Contemporâneo, ocorreu o que tem-se como marco inicial do processo de constitucionalização do Direito, que ocorreu na Alemanha, sob a égide da Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal estruturou os direitos fundamentais. Assim, foram submetidos às normas constitucionais todos os âmbitos do Direito, tanto público quanto o privado, a fim de que o sistema jurídico proteja não somente direitos e deveres individuais, mas também ao interesse coletivo (BARROSO, 2015, p. 394).

Sendo assim, entende-se que o Constitucionalismo, com “movimento constitucional” passou por diversas fases durante a história mundial, além de que, também teve diversas motivações para existir. No Brasil, o movimento constitucional se solidificou após a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, simbolizando a travessia democrática brasileira, contribuindo de forma decisiva para o período mais longo de estabilidade política do país. O que levou a discussão de todos os ramos do direito brasileiro, frente a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (BARROSO, 2015, p. 399).

Dessa maneira, como destaca Gilmar Mendes e Paulo Gustavo:

Hoje é possível falar em momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade (MENDES e BRANCO, 2012, p. 59).

Posto isto, compreende-se que “O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia.” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 60). Vive-se, portanto, o que a doutrina chama de Neoconstitucionalismo, também denominado como constitucionalismo pós-positivista, ou constitucionalismo neopositivo (BULOS, 2018, p. 80).

O ilustre autor Pedro Lenza, afirma também que nesse contexto, o constitucionalismo não é visto apenas na ideia de limitação do poder do Estado, mas também com efeito de buscar-se a aplicação eficaz da Constituição, principalmente no que tange aos direitos fundamentais (LENZA, 2015, p. 76).

Por outro lado, Uadi Lammêgo Bulos tece críticas em relação a nomenclatura utilizada, afirmando que não se passa de modismo, não sendo nada além do que a evolução de certos aspectos do Constitucionalismo Contemporâneo, conforme se demonstra a seguir:

O Direito Constitucional, assim como o ser humano em geral, está sujeito a modas. Um desses modismos é, sem sombras de dúvida, aquilo que alguns autores americanos e europeus convencionaram chamar de *neoconstitucionalismo* e que acabou se espalhando por todo o mundo, criando-se a atmosfera de que “surgiu” algo “novo”, para “revolucionar” o saber constitucional da humanidade. Mas será que o *neoconstitucionalismo* é, realmente, “novo”? (BULOS, 2018, p. 79).

Em última análise, cabe pontar que embora haja divergência doutrinária acerca da utilização do termo Neoconstitucionalismo, o que deve prevalecer é o entendimento do novo momento vivido em todo planeta, no que tange as mudanças quanto a: decodificação do

Direito, que passou a ter caráter constitucional (BULOS, 2018, p. 81); concretização dos direitos fundamentais e a hierarquia das normas axiológica, ou seja, valorativa, acrescentando ao caráter formal.

2.2 Poder Constituinte

2.2.1 Poder Constituinte Originário

Manoel Gonçalves Ferreira Filho informa que:

(...) todo Estado tem uma Constituição. Essa Constituição, entretanto – e aqui entra o *pacto* –, é obra de um Poder, o Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os Poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes. (FERREIRA FILHO, 2014, p. 33).

Entende-se, então, que Poder Constituinte possui algumas modalidades: **originário** (formal, material, histórico e revolucionário), **derivado** (reformador e decorrente), difuso e supranacional (BULOS, 2018, p. 398), no entanto, as principais classificações, e as mais pertinentes ao tema, são: Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado Reformador.

O Poder Constituinte Originário é conhecido como aquele “(...) que edita Constituição nova substituindo Constituição anterior ou dando organização a novo Estado (...). Isto sublinha que ele dá origem à organização jurídica fundamental.” (FERREIRA FILHO, 2015, p. 50).

Ademais, o Poder Constituinte Originário é a força política que estabelece e mantém o vigor normativo da Constituição, dando a esta, autoridade máxima ante o constitucionalismo (MENDES e BRANCO, 2012, p. 117).

Uma das principais características do Poder Constituinte Originário é que ele é ilimitado, ou seja, não possui limitação no âmbito interno do Estado. Além disso é “*inicial, soberano, incondicionado, latente, instantâneo, inalienável e especial*” (BULOS, 2018, p. 400) (Grifo do autor).

Destaca ainda Uadi Lammêgo Bulos que o Poder Originário é absolutamente ilimitado, apenas no campo do mundo jurídico, ou seja, ao menos formalmente ele é absoluto. No entanto, ao observar o campo social que envolve a elaboração de um novo Estado a partir

da Constituição que se forma, encontra-se limitações em variados campos, como por exemplo: sociólogo, filosófico, religioso e político (BULOS, 2018, p. 405 e 406).

Tendo em vista que o Poder Constituinte Originário possui formas de manifestação diversas, quais sejam: a histórica e a revolucionária, entende-se que esta se mostra através da **outorga** da Constituição, ou seja, através de um golpe de Estado ou de uma tomada de Poder, tendo como exemplo as Constituições de 1824 e 1937, as quais foram outorgadas pelo Poder Executivo.

De outra banda, a histórica se revela através da promulgação da Constituição, que se dá pela representação popular constituída em uma Assembleia Constituinte ou Convenção, como nas Constituições de 1946 e 1988 (MENDES e BRANCO, 2012, p. 122) e (LENZA, 2015, p. 226).

2.2.2 Poder Constituinte Derivado Reformador

A sociedade está em constante mudança, um assunto que há vinte ou trinta anos atrás era visto como controverso, hoje sofreu mudanças em sua interpretação. Da mesma forma, o que há anos atrás era uma situação pacífica na sociedade, nos dias atuais pode ter se transformado para o centro das atenções, no que tange às calorosas polêmicas, podendo destacar a criminalização da homotransfobia, a descriminalização do aborto e da maconha entre outros.

Com isso, entende-se que nem o Direito, tampouco a política, podem dar às costas aos movimentos que acarretam mudanças sociais. Pensando nisso, a partir da fixação das primeiras Constituições tomou-se a cautela de prever a possibilidade de alteração do texto constitucional, a fim de que o Estado não fique engessado ante aos mandamentos estabelecidos pelo Poder Originário.

A possibilidade de alteração de uma Constituição se dá em razão do Poder Constituinte Derivado Reformador, que só é cabível perante uma Constituição rígida, pois possui um procedimento pré-estabelecido, não podendo se falar em reforma de Constituição flexível, pois se caracteriza exatamente por ser modificável pelo Poder Legiferante sem qualquer acuidade (FERREIRA FILHO, 2014, p. 128 e 129).

Dessa maneira, infere-se que qualquer alteração na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 carece de difícil e demorado processo legislativo, como demonstrado acima. Essa característica da atual Constituição brasileira se dá pelo motivo de

ser rígida, quanto a sua “mutabilidade” (TEMER, *apud* LENZA, 2015, p. 111). Para fim de esclarecimento, pontua-se que “Rígida ‘é a Constituição somente alterável mediante processo, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares’” (SILVA, *apud* PUCCINELLI JÚNIOR, 2015, p. 47).

Posto isto, infere-se que o Poder de Reforma constitucional deve encontrar-se entre imutabilidade e a frouxidão da Constituição, conforme se vê adiante: “cumpre evitar uma rigidez tão acentuada que seja um convite às revoluções, ou uma elasticidade tão exagerada que desvaneça a ideia de segurança do regime sob que se vive” (SAMPAIO, *apud* MENDES e BRANCO, 2012, p. 137).

O Poder Reformador encontra algumas limitações fixadas pelo próprio constituinte, a fim de resguardar os preceitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O ilustre Ministro Luís Roberto Barroso classifica os limites de reforma como formais e materiais, sendo que os **limites formais** podem ser classificados da seguinte maneira:

- a) *Iniciativa*: a reforma do texto constitucional depende da iniciativa: (i) de 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (ii) do Presidente da República; ou (iii) de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados;
- b) *Quórum de aprovação*: 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada Casa do Congresso;
- c) *Procedimento*: discussão e votação em cada Casa, em dois turnos. (BARROSO, 2018, p. 196)

Assim, no Ordenamento Jurídico brasileiro, considerando a rigidez da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a votação de emenda constitucional segue rito próprio, pois, para ser aprovada a proposta de emenda à Constituição deve ser discutida e votada nas duas casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos, além do voto favorável de 3/5 (três quintos) dos respectivos membros, nos termos do art. 60, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em outras palavras, resulta-se em vício formal a discussão e votação de Emenda constitucional que não atende os requisitos aqui expostos.

De outro modo, têm-se como **limites materiais** ao Poder de Reforma as cláusulas pétreas, constantes no § 4º do art. 60 da Constituição da República Federativa do Brasil:

- § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;

- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Encontra-se a importância das cláusulas pétreas no sentido de limitar o Poder Reformador, no que tange a não criação de outra Constituição, ou seja, o Poder de Reforma deve se ater aos parâmetros fundamentais constantes na Constituição, a fim de não haver tamanha liberdade capaz de ter-se uma nova Carta Constitucional (MENDES e BRANCO, 2012, p. 139). Ademais, ao citar Carl Schmitt acrescenta Mendes e Branco: “Em nenhum caso, [...], a reforma pode afetar a continuidade e a identidade da Constituição” (2012, p. 139).

Destarte, verifica-se que “O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 140).

2.3 Controle de Constitucionalidade

Tendo em vista que a Constituição é o conjunto de normas basilares de um determinado Estado, ou seja, é a bússola para todo um ordenamento jurídico, evidencia-se, dessa maneira, a supremacia da Constituição, que “[...] é a ‘suprema lei do país’, a ‘superlei’, a ‘lei das leis’. Essas expressões indicam sua posição de superioridade em relação às demais fontes do ordenamento jurídico [...]” (DIMOULIS e LUNARDI, 2016, p. 19).

Ante a supremacia da Constituição, entende-se que havendo normas inferiores à Constituição e que a afrontam, serão passíveis de controle, a fim de que sejam adequadas ao regime constitucional ou extintas do campo jurídico. Ademais, não somente os atos legislativos são cabíveis de controle constitucional, mas também os atos executivos e jurisdicionais.

Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos tem-se que: “Controlar a constitucionalidade, portanto, é examinar a adequação de dado comportamento ao texto maior, mediante a análise dos requisitos formais e materiais.” (BULOS, 2018, p. 187).

A vista disso, considerando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, existem formas de controle classificadas: i) Quanto ao órgão fiscalizador e ii) Quanto ao momento da fiscalização (BULOS, 2018, p. 191).

Quanto ao órgão fiscalizador existe o controle político, controle jurisdicional e o controle misto. Por outro lado, quanto ao momento da fiscalização, pode ser dividido em preventivo e repressivo (BULOS, 2018, p. 190).

O controle exercido pelo órgão político é aquele que normalmente o Poder Legislativo toma frente, podendo também o Poder Executivo participar de sua efetivação, sendo que é um modo favorável ao clamor político (BULOS, 2018, p. 191).

Em outras palavras observa-se que:

O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio *Poder Legislativo*, solução predominante na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o *Presidium Soviete Supremo*, da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constituonnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63) (SILVA, 2014, p. 51) (Grifo do autor).

Em relação ao controle jurisdicional, o Poder Judiciário o exerce de maneira isolada, valendo-se, em tese, tão somente da adequação do ato à norma constitucional, sem juízo de conveniência (BULOS, 2018, p.191).

Existem críticas tanto ao controle exercido pelos órgãos políticos, quanto ao exercido pelo Poder Judiciário. Em relação às críticas tecidas a este, demonstra-se da seguinte forma: “[...] tal sistema desvia o Poder Judiciário do seu ofício típico, convertendo-o num órgão de natureza política, algo que lhe é vedado por essência, pondo em xeque o princípio da separação de Poderes; [...]” (BULOS, 2018, p. 192).

O controle misto, eclético ou híbrido abrange os controles político e jurídico, a depender da matéria será analisada pelo órgão judicial, enquanto outras matérias serão apreciadas pelos órgãos políticos (BULOS, 2018, p. 192).

Por fim, o momento do controle é subdividido em controle preventivo e repressivo, ou seja, o controle executado antes da vigência da norma e o controle realizado após a sua validação, conforme se verificará a seguir.

2.3.1 Controle de Constitucionalidade Preventivo

O controle preventivo de constitucionalidade “[...] é o realizado durante o **processo legislativo de formação do ato normativo.**” (LENZA, 2015, p. 303) (Grifo do autor), podendo ser realizado pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de formas distintas.

Em relação ao **controle prévio realizado pelo Poder Legislativo**, o artigo 101, *caput* e § 1º do Regime Interno do Senado Federal informa o seguinte:

Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

[...]

§ 1º Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254.

[...] (Grifo nosso).

Consequentemente, infere-se que, se tratando do Poder Legislativo Federal, nas duas casas legislativas existem comissões específicas para exercer o controle de constitucionalidade preventivo, sendo claro pelo que se denota do §1º do artigo 101 do Regimento Interno do Senado Federal, que, em outras palavras, informa que ante o parecer pela inconstitucionalidade da norma, esta será arquivada, ou seja, será retirada do campo jurídico, salvo as exceções ali expostas.

Por essa razão, nota-se que o controle de constitucionalidade abrange não somente aos membros das comissões de Constituição e Justiça, mas também a todos os membros do Poder Legislativo durante as votações.

Embora a abrangência do controle de constitucionalidade feito pelo Poder Legiferante abarca diversos assuntos, no entanto, não se verifica “[...] sobre projetos de medidas provisórias, resoluções dos Tribunais e decretos” (TEMER, *apud* LENZA, 2015, p. 304).

O **controle prévio realizado pelo Poder Executivo** é exercido pelo veto presidencial. Nos termos do artigo 66, §1º da Constituição da República Federativa Brasil de 1988, havendo sido concluída a votação do projeto de lei, a respectiva Casa irá encaminhá-lo ao Presidente da República, a fim de sanção.

Dessa forma, o Presidente irá analisar o projeto, ao constatar sua inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público vetá-lo-á, parcialmente ou totalmente. Nos termos do texto constitucional, o veto deverá ser motivado, pela inconstitucionalidade, conhecido como veto jurídico ou pela contrariedade ao interesse público (veto político) (LENZA, 2015, p. 305).

O veto presidencial não é absoluto. Tendo em vista o § 4º do art. 66 da Constituição da República Federativa do Brasil, compreende-se que após o veto presidencial, haverá apreciação do veto presidencial por sessão conjunta das duas casas legislativas. Havendo a derrubada do veto, o projeto será encaminhado ao Presidente da República para promulgação (§ 5º).

Na ocasião do Presidente não promulgar a lei no lapso temporal de 48 (quarenta e oito) horas, o Presidente do Senado Federal o fará, nos termos do § 7º do art. 66 da

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cabendo ainda o controle posterior de constitucionalidade por parte do Poder Executivo, após a promulgação da lei (LENZA, 2015, p. 305).

Por fim, cabe pontuar acerca do **controle prévio de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário**. Em primeiro plano, considerando o princípio da inércia jurisdicional, entende-se que o Poder Judiciário necessita de provocação para agir. Nesse sentido, o meio adequado para postulação em relação ao controle prévio do Poder Judiciário é o remédio constitucional – Mandado de Segurança (LENZA, 2015, p. 305).

Como todo processo necessita de seguir o devido processamento legal, exige-se legitimidade e interesse de agir para o ingresso desta ação. Dessa forma, quanto ao interesse de agir, infere-se que todos os brasileiros que serão afetados pela vigência da norma em discussão serão interessados. Entretanto, o STF – Supremo Tribunal Federal, no tocante a legitimidade ativa *ad causam*, entende que somente parlamentar possui legitimidade para o ingresso do remédio constitucional. Sendo assim, o Poder Judiciário possui certas limitações quanto a seu controle prévio de constitucionalidade, no que tange a:

“[...] garantia de um procedimento em total conformidade com a **Constituição, não lhe cabendo**, contudo, a extensão do controle sobre **aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos interna corporis**, vedando-se, dessa feita, interpretações das normas regimentais (cf.: MS 22.503-3/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ de 06.06.1997, p. 24872, Ement. v. 01872-03, p. 385; j. 08.05.1996 – Tribunal Pleno, descrevendo o posicionamento da Suprema Corte) (LENZA, 2015, p. 306) (Grifo do autor).

Logo, o Poder judicante não tem total autonomia para a discussão da matéria da lei, durante sua execução, quando ainda é embrionária, ou seja, quando ainda é um projeto de lei. De outro modo, após a validação do ato normativo, poderá o Poder Judiciário, se, somente se, provocado valer-se do controle de constitucionalidade repressivo.

Não obstante, sob a perspectiva das Emendas Constitucionais, o Poder Judiciário terá maior alcance, podendo discutir a forma de discussão da Emenda, bem como a sua matéria, visando proteger as cláusulas pétreas definidas no artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (LENZA, 2015, p. 307).

2.3.2 Controle de Constitucionalidade Repressivo

O controle repressivo de constitucionalidade visa verificar se existe algum vício

no ato normativo, sendo ele formal ou material (LENZA, 2015, p. 309). Nesse sentido, pode-se asseverar que este controle objetiva a regularização constitucional dos atos normativos, que passaram pelo controle preventivo de constitucionalidade e não obtiveram sanada tal inexistência, talvez por vontade dos próprios Poderes Políticos (Executivo e Legislativo), ou por mera desatenção.

Todavia, este controle é mais abrangente, mesmo que exercido por apenas um dos Poderes estatais, pode ser provocado por órgãos e instituições que representam e defendem a coletividade, como exemplo: o Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional – art. 103, incisos VI, VII, VIII e IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em síntese, o **controle exercido pelo Poder Legislativo** ocorre em duas situações. Uma das formas de controle repressivo de constitucionalidade que o legislativo exerce é na hipótese de rejeição de medida provisória. Depreende-se do art. 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que ante a urgência o Presidente da República poderá editar medida provisória, não obstante, este ato que não é lei, mas tem força de lei e será analisado pelo Poder Legislativo (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Ao apreciar tal normativa o Poder Legislativo poderá aprovar a medida provisória sem alteração, aprovar com alteração, não apreciar (rejeição indireta) ou expressamente rejeitar o ato do Poder Executivo (LENZA, 2015, p. 722). Sendo assim, de modo mais abrangente, infere-se que o controle de constitucionalidade repressivo exercido pelo Poder Legislativo no que tange às medidas provisórias não se restringe apenas a sua rejeição.

A segunda forma de controle que o Poder Legislativo exerce é através da sustação de atos normativos do Poder Executivo, nos termos do art. 49, inciso V da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como se vê adiante: “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”.

Logo, a fim de discorrer acerca de tal assunto, necessário se faz a definição de ato normativo. Pois bem, ato normativo é aquele materializado através de decretos e regulamentos com o intuito de fazer com que as leis sejam executadas, fazendo assim, parte do Poder Regulamentar da Administração Pública (ALEXANDRINO e PAULO, 2017, p. 281). Nessa balia, cabe acrescentar as palavras de Hely Lopes Meirelles:

As leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas não são exequíveis

antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é *conditio juris* da atuação administrativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera condição suspensiva da execução da norma legal, deixando seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo. [...]. (MEIRELLES, *apud* ALEXANDRINO e VICENTE) (Grifo do autor).

Seguindo esse raciocínio, conclui-se que no momento em que o Poder Executivo extrapola sua função de regulamentar a situação definida em lei, o Poder Legislativo, através de decreto legislativo, pode sustar tal ato.

Ademais, o Poder Legislativo ainda pode sustar os atos que extrapolem aos limites estabelecidos na delegação administrativa. Pode-se definir delegação legislativa como: “[...] instituto de índole excepcional no quadro da tripartição dos Poderes, característica que deve ser sempre levada em conta, para a solução dos problemas jurídicos que a delegação legislativa pode suscitar.” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 940 e 941).

Em outras palavras, o Presidente da República pede autorização ao Congresso Nacional para legislar sobre determinado tema, na hipótese de autorização da prática de tal ato o Poder Executivo poderá legislar sobre o que foi permitido. Havendo, todavia, a sobrepujança das delimitações, antes fixadas, o Poder Legislativo poderá sustar tais atos, como se vê o mandamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a seguir:

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

Por outro lado, o **controle repressivo exercido pelo Poder Executivo** é exercido de forma muito excepcional. Cabendo ao Poder Executivo não aplicar lei considerada inconstitucional, além de também determinar que seus órgãos subordinados deixem de aplicá-la. Nesse sentido, apresenta-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

“... O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia — e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação

ativa na ação direta de inconstitucionalidade —, **podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais**” (ADI 221-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves; DJ de 22.10.1993, p. 22251, *Ement.* v. 01722-01, p. 28) (LENZA, 2015, p. 314) (Grifo do autor).

Para complementar esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça aprofundou-se no seguinte sentido:

LEI INCONSTITUCIONAL - PODER EXECUTIVO - NEGATIVA DE EFICACIA. **O PODER EXECUTIVO DEVE NEGAR EXECUÇÃO A ATO NORMATIVO QUE LHE PAREÇA INCONSTITUCIONAL.** (REsp 23.121/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/1993, DJ 08/11/1993, p. 23521) (Grifo nosso).

Isto posto, cabe, nesse momento, a análise do **controle de constitucionalidade repressivo exercido pelo Poder Judiciário**, que de longe é o mais amplo, complexo e importante. “No direito brasileiro adotou-se o chamado controle misto de constitucionalidade, porque admite tanto o controle concentrado, no âmbito da Corte Maior e dos Tribunais de Justiça nos Estados, como também o controle difuso, realizado por todos os órgãos do judiciário.” (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Sendo assim, o **controle difuso** de constitucionalidade pode ser apreciado pelo Poder Judiciário independentemente do grau ou tribunal. Nas palavras de José Afonso da Silva: “*qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.*” (2014, p. 54) (Grifo do autor).

Streck também aponta que:

Com fundamento no controle difuso de constitucionalidade – que vigora no Brasil desde a Constituição Republicana de 1891 – qualquer cidadão pode suscitar, como questão prejudicial ou como fundamento jurídico no curso de **qualquer ação judicial**, a discussão acerca da constitucionalidade de uma lei (federal, estadual ou municipal), podendo, via recurso extraordinário, levar a questão para o Supremo Tribunal Federal. (STRECK, 2014, p. 87 e 88) (Grifo nosso).

Em função disso, o juiz de primeiro grau pode declarar lei ou ato normativo inconstitucional, no entanto, havendo a interposição de recurso ao órgão colegiado, verificada a existência de questionamento de constitucionalidade durante a distribuição do processo no tribunal, exige-se que a apreciação da inconstitucionalidade seja feita pelo plenário (LENZA, 2015, p. 319). “Temos aqui a chamada **cláusula de reserva de plenário**, também denominada regra do **full bench.**” (LENZA, 2015, p. 319) (Grifo do autor).

É assim que determina o artigo 97, *caput* da Constituição da República Federativa

do Brasil de 1988: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Corroborando com tal narrativa o artigo 949, *caput* e inciso II do Código de Processo Civil de 2015 acrescenta: “Se a arguição for: acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver”.

De acordo com a doutrina, os efeitos do controle difuso de constitucionalidade são: retroativos (*ex tunc*); vinculantes entre as partes; prospectivos ou futuros (*ex nunc*) e gerais (*erga omnes*). (BULOS, 2018, p. 348).

Os efeitos retroativos justificam-se pelo fato de que os efeitos retornam no tempo e desfazem tudo ocasionado pelo ato ou norma inconstitucional, tendo em vista a sua inviabilidade desde a concepção (BULOS, 2018, p. 348).

No que condiz ao efeito vinculante *inter partes*, depreende-se que os efeitos da inconstitucionalidade da norma/ato administrativo só se vale àqueles envolvidos no processo, ou seja, mesmo que a lei foi declarada inconstitucional ela continuará tendo validade, cabendo a quem se sentir lesado pela norma suscitar ao Poder Judiciário que a declare inconstitucional, valendo-se do efeito *inter partes* do controle difuso (BULOS, 2018, p. 348).

Por conseguinte, o efeito *ex tunc* do controle difuso se dá em razão de que após a edição de resolução pelo Senado Federal que suspende a executividade de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal os efeitos difusos irão abranger situações futuras (BULOS, 2018, p. 349).

Por último, o efeito geral (*ex tunc*) atinge a todos, independentemente de sua participação na lide processual, entretanto, só acontece quando o Senado Federal publica resolução suspendendo lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo com que essa norma seja extinta do ordenamento jurídico brasileiro (BULOS, 2018, p. 349).

É nesse sentido que trata o art. 52, *caput* e inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos seguintes termos: “Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”.

De outro modo, no que tange ao **controle de constitucionalidade concentrado**, entende-se que: “É concentrado o controle toda vez que a competência para julgar a questão de constitucionalidade é reservada a um único órgão.” (FERREIRA FILHO, 2015, p. 66).

O controle de constitucionalidade concentrado (abstrato, objetivo, reservado, fechado) origina-se do sistema austríaco, tendo como seu precursor Hans Kelsen. Nessa

modalidade de controle de constitucionalidade, apenas a cúpula do órgão judicial aprecia a matéria que é exercida por meio de ação, ou seja, no sistema brasileiro, quem exerce tal função é o Supremo Tribunal Federal - STF (BULOS, 2018, p. 235).

As ações capazes de provocar o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, a apreciar são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI; a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADI Interventiva; a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO (LENZA, 2015, p. 346).

A **Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica - ADI**, encontra base constitucional no artigo 102, *caput*, inciso I, alínea *a* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos seguintes termos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Além disso, a Lei n. 9.868 de 1999 trata especificamente acerca do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do preâmbulo da citada legislação.

Não existem dúvidas quanto ao objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica ser a impugnação de lei ou ato normativo federal que se mostrarem incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro. A doutrina ainda aponta como objetivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Objetivo geral da ADIn é impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, comprometendo a regularidade do sistema normativo por violar a *supremacia* constitucional. Procura-se, dessa forma, assegurar que a norma constitucional será imposta inclusive em relação aos poderes estatais. A aplicação de atos normativos inconstitucionais que costumam ter grande repercussão social gera danos de difícil reparação, sendo recomendada sua eliminação célere e definitiva. (DIMOULIS e LUNARDI, 2016, p. 104) (Grifo do autor).

A legitimidade para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica está nas mãos do Presidente da República; da Mesa do Senado Federal; da Mesa da Câmara dos Deputados; da Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; do Governador de Estado ou do Distrito Federal; do Ministério Público, na

pessoa do Procurador-Geral de Justiça; do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; de partido político com representação no Congresso Nacional e de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

A **Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC** também encontra base constitucional no já mencionado artigo 102, caput, inciso I, alínea *a* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como na Lei n. 9.868 de 1999. O Supremo Tribunal Federal possui competência absoluta para apreciação da ação. Os legitimados para proposição de tal demanda também estão no art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em relação ao objeto, Mendes e Branco informam que:

[...] o objeto da ADC segue o mesmo paradigma da ADI para o direito federal autônomo (não regulamentar) devidamente promulgado, ainda que não esteja em vigor. Assim, caberia ADC em face de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto legislativo, tratado internacional devidamente promulgado, decreto do Executivo de perfil autônomo, resolução de órgão do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça. Tal como sucede em relação à ADI, a ADC não pode ter por objeto ato normativo revogado. (2012, p. 1261)

Inovação brasileira é a **Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva**, disposta no artigo 36, inciso III c/c artigo 34, inciso VII ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não havendo disposição semelhante no Direito comparado (BULOS, 2018, p. 239).

A doutrina apresenta que:

Mediante a direta interventiva, provoca-se a jurisdição concentrada do Supremo, no sentido de buscar a defesa da ordem constitucional como um todo. Daí o cunho abstrato desse mecanismo, pois somente o Pretório Excelso é o titular da fiscalização em tese de atos normativos. Por seu intermédio, realiza-se um controle concreto de princípios sensíveis violados por Estado-membro ou Distrito Federal. Veja-se que a defesa em concreto é de princípio sensível, não de conflitos privados. Quer dizer, mesmo sendo um instrumento da jurisdição concentrada, a interventiva tutela, apenas, princípio sensível, e não situações individualizadas, como ocorre no controle difuso. (BULOS, 2018, p. 240).

A Lei n. 12.562 de 2011 “regulamenta o inciso III do artigo 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal” (Preâmbulo da Lei n. 12.562/11), em seu artigo 2º é exposto o seguinte:

A representação será proposta pelo Procurador-Geral da República, em caso de

violação aos princípios referidos no inciso VII do art. 34 da Constituição Federal, ou de recusa, por parte de Estado-Membro, à execução de lei federal.

Sendo assim, o legitimado exclusivo para a propositura desta ação é o Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Porém, no caso de intervenção dos Estados nos Municípios, conforme expressa o artigo 35, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ficará a cargo do chefe do Ministério Público do respectivo Estado a legitimidade para propor a intervenção, bem como a competência se dá perante o Tribunal de Justiça do Estado (BULOS, 2018, p. 245).

Outra ação competente para controle concentrado de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é a **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF**, respaldada pelo artigo 102, *caput*, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Lei 9.882 de 1999, que “dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal” (Preâmbulo da Lei 9.882 de 1999), informa em seu artigo 1º, parágrafo único e inciso I que: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;”.

A finalidade desta ação é manter de forma intacta as bases da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garantindo segurança jurídica ao ordenamento jurídico (BULOS, 2018, p. 328).

O órgão competente para seu processamento e julgamento é o Supremo Tribunal Federal. Apesar disso, como alega Ferreira Filho a decisão sobre inconstitucionalidade ou não pode avocar ações nos mais diversos graus de jurisdição, como se vê adiante:

Trata-se de uma ação por meio da qual a decisão sobre a inconstitucionalidade ou não de atos federais, estaduais e municipais impugnados perante juízes e tribunais pode ser avocada pelo Supremo Tribunal Federal. Quer dizer, será sustado o andamento da ação em que essa inconstitucionalidade está em discussão — e outras que tratem da mesma questão —, até que essa Corte decida a questão. E a orientação, pró ou contra a constitucionalidade, prevalecerá para todas as demandas que a envolverem. (2015, p. 69).

Os legitimados para a propositura da presente demanda também estão presentes no artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador

de Estado ou do Distrito Federal; o Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A presente demanda possui algumas particularidades, como o seu cabimento. É cabível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em razão da prática de ato pelo Poder Público que lesa a preceito fundamental, a fim de evitar e reparar danos causados por essas práticas (BULOS, 2018, p. 330). Além disso, também é cabível tal arguição em prol de “**reconhecer a relevância** do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (BULOS, 2018, p. 330) (Grifo do autor).

Por último, cabe a análise da **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Prevista no § 2º do artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e regulamentada pela Lei 12.063 de 2009 que “acrescenta à Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (Preâmbulo da Lei n. 12.063/09).

Mendes e Branco afirmam que:

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna constitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? (2012, p. 1325).

O objeto dessa ação é combater a inércia legislativa, através do suprimento de lacuna constitucional, nas normas de eficácia limitada (BULOS, 2018, p. 342). Com isso, estabelece o artigo 12-A da Lei n. 9.868/99, introduzido pela Lei n. 12.069/09, que os legitimados para a propositura da demanda são aqueles especificados no art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Consequentemente aos legitimados ativos para propor a presente demanda, a competência para julgar tais ações é do Supremo Tribunal Federal. No entanto, os Tribunais de Justiça dos Estados-membros também podem processar e julgar ações dessa natureza, afetas a Constituição dos Estados (BULOS, 2018, p. 344).

A Constituição Estadual do Estado de São Paulo prevê, em seu artigo 74, *caput* e

inciso VI, a possibilidade de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nos Tribunais Estaduais da seguinte forma:

Art. 74. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originalmente:

IV – a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição, o pedido de intervenção em Município e a **ação de inconstitucionalidade por omissão**, em face de preceito desta Constituição; (Grifo nosso).

Por fim, entende-se as formas de controle de constitucionalidade repressivo, tanto a difusa, quanto a concentrada, são meios utilizados pelo Poder Judiciário para realizar a justiça constitucional, retirando do ordenamento jurídico normas e atos administrativos que são contrários à Constituição, por isso, entende-se que no sistema misto adotado no Brasil o Poder Judiciário vale-se de duas vias para efetivar o controle de constitucionalidade, a via de exceção/defesa que é ligada ao controle difuso, bem como a via de ação/abstrata vinculada ao controle concentrado (BULOS, 2018, p. 205).

3 ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Considerações Preliminares

3.1.1 Conceito

Observa-se que no presente contexto político-jurídico em que vive o Estado brasileiro, os Poderes Estatais ganharam ainda mais visibilidade, e entre eles o que se destaca mais é o Poder Judiciário, que através de decisões em assuntos polêmicos e controversos vem exercendo um grande papel na sociedade.

Assim, ante a grande tarefa que o Poder Judiciário tem exercido, tem-se o chamado ativismo judicial, que nada mais é do que a expansão do alcance da Constituição nos casos concretos, o que vem causando grande alvoroço em todos os âmbitos sociais, pois, para alguns, quando o Poder Judiciário na intenção de tutelar direitos e garantias fundamentais acaba excedendo seus limites constitucionais, infringindo a esfera de outro Poder. Por outro lado, existe quem entenda a importância constitucional e expansiva do Judiciário por sua maior eficácia na proteção dos direitos fundamentais (BARROSO, 2018, p. 450).

No entanto, conforme aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos, existe uma dificuldade conceitual do termo ativismo judicial, pois existe uma variedade de entendimento a respeito do assunto, como se demonstra a seguir:

Dentro de amplo universo de debate, a opinião sobre a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. [...]. Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como “substituto para excesso judicial”. Para outros, porém, os juízes e as cortes devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições. O discurso é então variável [...]. (CAMPOS, 2014)

Nesse sentido, o autor pretende apresentar um conceito multidimensional de ativismo judicial, nos seguintes termos:

*[...] defino o **ativismo judicial** como o **exercício expansivo**, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: **(a)** deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; **(b)** responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais*

presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. (Grifo do autor) (CAMPOS, 2014).

Contribuindo com essa narrativa, Luiz Flávio Gomes apresenta três tipos diversos de ativismo judicial, sendo que a primeira conceituação se trata do ativismo pró-direitos fundamentais, no qual o juiz tem atitude proativa para proteger os direitos e garantias individuais do cidadão, apresentando o seguinte exemplo: “[...] todas às vezes que o juiz ou o tribunal concede um *habeas corpus* de ofício ele atua por conta própria, em favor da liberdade individual.” (GOMES, 2009).

Outra forma apresentada pelo ilustre escritor é o ativismo que complementa o Direito, ou seja, o juiz interpreta a norma jurídica com base nos princípios do Direito. Aponta, também, que nesse caso há uma certa intromissão do Poder Judiciário na função legislativa, utilizando o exemplo de quando o Supremo Tribunal Federal extraiu do princípio democrático de que todo o poder emana do povo, estabeleceu a fidelidade partidária, proibindo o político mudar de partido, sem motivo, após a eleição. Tal regramento não estava previsto, mas implícito no ordenamento jurídico, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (GOMES, 2009).

A última definição de ativismo judicial apresentada pelo mencionado autor é o proativismo, definindo-a como a posição legisladora que o Poder Judicial toma, invadindo de forma completa a função típica do Poder Legislativo, quando: “o juiz se antecipa ao legislador do futuro e cria, ele mesmo, uma nova regra, que não pode ser inferida de nenhuma outra fonte normativa existente.” (GOMES, 2009).

Em relação a este último aspecto do ativismo judicial o ilustre Ministro Luís Roberto Barroso apresenta o seguinte conceito:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (Grifo nosso) (2012, p. 25).

Logo, após apresentada a breve conceitualização do termo ativismo judicial, e antes de aprofundar-se no tema, cabe apontar a sua diferença em relação a judicialização. A judicialização: “no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.” (BARROSO, 2012, p. 25).

Luiz Flávio Gomes afirma que: “A judicialização nada mais expressa que a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, que é permitido a todos contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito.” (2009). Dessa forma, vê-se a evidente distinção entre estes fatos jurídicos (ativismo judicial e judicialização), que se dá em razão da forma da interpretação constitucional.

Enquanto na judicialização, o Poder Judiciário apenas faz o que o ordenamento jurídico lhe ordena, no ativismo judicial tem-se um Judiciário proativo que atua não apenas nos mandamentos legais, mas vai além em defesa de princípios sensíveis e que necessitam de tutela especial. (BARROSO, 2012, p. 25).

Por outra banda, necessário se faz a exposição do antônimo do ativismo judicial, nas palavras de Barroso:

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, **o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional**, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, **a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.** (Grifo nosso) (BARROSO, 2018, p. 450).

Não é de hoje que se observa a existência da autocontenção judicial, esse termo é contemporâneo ao ativismo judicial, só existindo um em razão do outro.

3.1.2 Histórico

No que tange ao histórico do ativismo judicial, observa-se que o primeiro apontamento a este termo foi no ano de 1947, não sendo mencionado por um jurista ou corte de justiça, mas sim pelo jornalista Arthur Schlesinger (GOMES, 2009).

Foi em uma reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no artigo intitulado *The Supreme Court, 1947*, publicado na revista *Fortune* que o jornalista mencionou o ativismo judicial como a atitude do juiz interpretar a Constituição, no que ela já prevê, para assegurar direitos sociais ou econômicos (GOMES, 2009) (CAMPOS, 2014).

Embora o termo tenha sido aplicado precipuamente no ano de 1947, a discussão acerca do ativismo judicial é mais antiga do que a criação do termo. Tal temática confunde-se

com a própria história do constitucionalismo (CAMPOS, 2014).

Antes do artigo jornalístico publicado por Schlesinger, houveram grandes decisões na Corte Americana que evidenciaram o ativismo judicial, transformando a Corte, bem como a sociedade americana. Pode-se destacar três casos, como o *Marbury v. Madison* (1801), *Dred Scott v. Sandford* (1847) e *Lochner v. New York* (1905), conhecidos como casos pré-históricos da Suprema Corte Americana (CAMPOS, 2014).

Esses casos representaram as seguintes questões:

A **primeira** [*Marbury v. Madison*] representou a afirmação histórica do poder da Suprema Corte de exercer a *judicial review* e repercutiu, para sempre, em seu papel no arranjo político-institucional estadunidense. A **segunda** [*Dred Scott v. Sandford*] procurou resolver a controvérsia da escravidão nos Estados Unidos, mas apenas exacerbou a divisão entre o Norte antiescravagista e o Sul escravagista, acelerando a eclosão da Guerra Civil que transformaria, definitivamente, o país. A **terceira** [*Lochner v. New York*] é o marco de uma era em que a Corte, em nome da filosofia liberal econômica, impediu políticas governamentais de buscarem melhores condições de vida para os cidadãos menos privilegiados. (Grifo nosso) (GOMES, 2014).

Já no contexto histórico de 1947, a corte estadunidense era dividida em dois grupos, como aponta Campos:

A Corte decidia dividida, tanto intelectual quanto pessoalmente, em dois grupos bem definidos: os ativistas, liderados por Hugo Black, e os autorrestritivos, liderados por Felix Frankfurter. Restando a dois juízes, Fred Vinson e Stanley Reed, alinharem-se a um ou a outro grupo conforme o caso. Assim dividida, a Corte Vinson foi marcada por certo equilíbrio entre o ativismo judicial e a autorrestrição judicial. (CAMPOS, 2014).

O ministro Luís Roberto Barroso ao tratar do momento na Suprema Corte Americana cita o trecho escrito pelo jornalista norte-americano, conforme se vê a seguir:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um **papel afirmativo na promoção do bem-estar social**; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma **postura de autocontenção judicial**. Um grupo está mais preocupado com a **utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social**; o outro, com a **expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam**. Um grupo vê a Corte como **instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis**; o segundo, como um **instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior**. Em suma, **Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada**, dentro do sistema americano. (Grifo nosso) (BARROSO, 2018, p. 447).

Como evidencia-se do narrado anteriormente, o ativismo judicial, juntamente com seu antônimo, são temas que vêm desde o constitucionalismo, pois se trata exatamente da função deste conceito, medir a atuação do Estado, na teoria dos freios e contrapesos.

Por fim, vale destacar a posição tomada por Schlesinger em relação a controversa situação vivida naquele lapso temporal:

Ele tomou partido, como regra geral, da autorrestrição judicial: **“os maiores interesses da democracia nos Estados Unidos” “requerem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”**, devendo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” o poder de decisão. **Contudo, advertiu que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos”**, ou seja, Schlesinger não negou o ativismo em absoluto, entretanto, não o aceitava como rotina institucional da democracia norte-americana. (CAMPOS, 2014).

Posto isto, cabe informar, que a respeito do histórico do ativismo judicial no Brasil será apresentado mais adiante em tópico específico.

3.2 Sistemas Jurídicos

Demonstrado, então, o conceito e histórico do ativismo judicial, principalmente quanto ao seu envolvimento em casos no sistema de justiça dos Estados Unidos, cabe demonstrar os diferentes sistemas jurídicos, a fim de verificar se tal situação (ativismo judicial) tem cabimento no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando assim a fonte predominante no país.

Venosa ao discorrer a respeito de sistemas jurídicos afirma que “Toda sociedade política possui seu próprio ordenamento jurídico. Nele há um conjunto de normas ditadas para ter vigência sobre essa determinada sociedade.” (VENOSA, 2007, p. 67). No entanto, cabe destacar que a prevalência de uma fonte em razão de outra se deve a circunstâncias sociais e históricas, não havendo uniformidade entre os Estados quanto a elaboração do Direito (REALE, 2002, p. 141).

3.2.1 *Common Law*

“A denominação *Common Law* é devida por ser um direito comum a toda

Inglaterra, em contraposição aos antigos costumes locais.” (VENOSA, 2002, p. 72), sua forma é singular, pois configura entendimento diferenciado em respeito às fontes do Direito, sendo que valoriza os atos jurisprudenciais e os costumes, conforme se evidencia no seguinte trecho da doutrina:

No sistema do *Common Law*, dominante principalmente em países de língua ou influência inglesa (Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia, Índia, Quênia etc.), a lei é vista como apenas uma dentre as várias fontes. Seu papel não se sobrepõe às demais modalidades, como o costume, a jurisprudência, os princípios gerais. Fenômeno marcante desse sistema é o fato de a lei e o direito de origem jurisprudencial conviverem como dois sistemas distintos dentro do mesmo ordenamento. Ainda quando existam códigos, e muitos desses países os têm, essas fontes são vistas como consolidações do direito consuetudinário anteriores à codificação, sendo interpretadas com base em precedentes jurisprudenciais. Não há que se entender que esse sistema inglês seja costumeiro, na acepção estrita da palavra, mas jurisprudencial, baseado em *cases*. (Grifo do autor) (VENOSA, 2019, p. 128).

Nesse sentido, de maneira simples e objetiva, pode-se concluir que esse sistema se diverge do sistema brasileiro, uma vez que tem como fonte primária os costumes e jurisprudências de seus tribunais.

Desse prisma, deve-se estender atenção ao estudo do direito inglês, sob uma perspectiva histórica. O direito inglês não pode, simplesmente, ser definido como costumeiro, pois é em sua essência de precedentes judiciais, sendo assim, infere-se que os costumes foram apenas o início de tal formação jurídica (VENOSA, 2002, p. 72).

De início, o direito inglês difere-se do sistema romano-germânico pelo formato de sua estrutura, no que condiz a não haver a divisão entre direito público e direito privado. Mas a divisão existente está entre o *Common Law* e a *Equity* (VENOSA, 2002, p. 72).

Como dito anteriormente, o *Common Law* teve seu início com os costumes, contudo, passou a ser formado pela acumulação de precedentes judiciais, sendo os juízes quem criam o Direito, conforme demonstra-se a seguir:

[...] após a conquista normanda da Inglaterra, o direito que os Tribunais de Westminster criavam era denominado **commom law** (corruptela da expressão dita na língua do rei: **commune ley**) em oposição aos direitos costumeiros locais e muito particularizados a cada tribo dos primitivos habitantes, aplicados pelas **County Courts**, e que logo seriam suplantados. (Grifo do autor) (SOARES, *apud* VENOSA, 2002, p. 72).

Quanto a *Equity*, cabe frisar, primeiramente, que são normas que funcionam para superpor o *Common Law*, suprimindo suas lacunas e complementando tal sistema. Sua origem se deu “de um pedido das partes da intervenção do rei em uma contenda que decidia de

acordo com os imperativos de sua consciência.” (VENOSA, 2002, p. 72).

Com isso, as normas da *Equity*, foram elaboradas pelo rei, através de seus Tribunais de Chancelaria, que ao analisar os casos, o chanceler, ante a um sistema diferente de provas do *Commom Law*, diferente por ser: “escrito, inquisitório, inspirado no procedimento canônico” (VENOSA, 2002, p. 72), elaborava as normas (VENOSA, 2002, p. 72).

Portanto, o direito inglês não é costumeiro, tornou-se jurisprudencial. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa “O *Commom Law* determinou o desaparecimento do direito consuetudinário antigo” (VENOSA, 2002, p. 73). Sendo assim, a lei escrita não pode ser considerada como fonte secundária no sistema inglês, pois mesmo sem a presença de codificações das normas jurídicas desse sistema, a lei é entendida de forma diferente, pois só terá eficácia quando for aplicada no caso concreto (VENOSA, 2002, p. 73).

País que também segue o sistema *Commom Law* é o Estados Unidos, mas que não segue os mesmos parâmetros do modelo inglês. A principal diferença encontra-se no fato de que nos Estados Unidos existe uma federação, havendo um direito federal e um direito dos estados, havendo, assim, uma descentralização da justiça americana, o que não ocorre no sistema jurídico inglês.

Além disso, os Estados Unidos deram para este sistema sentido distinto do visto nas ilhas britânicas, pois ao colocar uma Constituição em seu ordenamento pátrio, a qual está no ponto mais alto das normas jurídicas do país, acabou aceitando em seu ordenamento a influência do *civil law* (2019, p. 129).

3.2.2 *Civil law*

De modo diverso do apresentado, o sistema *civil law*, também conhecido como sistema romano-germânico, tem como principal fonte a lei. Isso se dá pelo motivo de que após a Revolução Francesa, com fulcro na garantia dos direitos e garantias individuais, a lei foi posta como o centro do Direito, devendo ser a base para a interpretação de cada caso, diminuindo a discricionariedade do estado-juiz (VENOSA, 2019, p. 128), “[...] tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.” (REALE, 2002, p. 142).

Acrescenta-se que: “O juiz do sistema civil românico parte da lei para qualquer reflexão que faça para sua decisão, recorrendo às outras fontes, tais como costumes, princípios gerais, jurisprudência, analogia, equidade como complemento ou adinículo de sua convicção.” (VENOSA, 2019, p. 129).

O sistema romano-germânico, é um dos primeiros do mundo contemporâneo, tendo consigo uma história milenar de tradições advindas do Direito Romano. “Como afirma René David (1973:28), o sistema romano-germânico sempre se fundou exclusivamente sobre uma comunidade de cultura, sem qualquer conotação de significado político. Reside aí toda a grandeza da tradição românica.” (DAVID, *apud* VENOSA, 2002, p. 81).

Devido a existência de vários documentos como a *Lex Romana Wisigothorum* ou Brevário de Alarico, bem como a compilação de Justiniano, como o Código, o Digesto e as Institutas, que eram aplicados na França e Península Ibérica como o próprio Direito Romano da época, pôde-se chegar a elaboração das leis bárbaras, que a partir do século VI, iniciaram seu labor (VENOSA, 2002, p. 81).

Por conseguinte, no século XIII, com o advento do Cristianismo, São Tomás de Aquino, demonstrou que o Direito Romano se encaixava perfeitamente com a fé cristã, haja vista a existência do princípio do justo e do equitativo, mesmo após a propagação de que este sistema seria pagão, o que poderia acarretar em sua extinção no contexto histórico-religioso em que vivia a Europa (VENOSA, 2002, p. 81).

Daí em diante, iniciou-se o ressurgimento do ensino do Direito Romano nas universidades, que se impunha graças a sua vasta história, de ter sido construído para reger o povo romano, bem como os povos conquistados pelo grande império. Destaca-se a universidade de Bolonha, também conhecida como escola dos glosadores, que chegou a ter o incrível número de 10.000 (dez mil) alunos. Esta universidade foi de grande importância porque influenciou outras universidades em diversos países, como na França e na Espanha (VENOSA, 2002, p. 82).

Havia, no entanto, a questão de que nessas universidades só era ensinado o Direito Romano, histórico, o que não tinha validade ante ao direito local. O que levou, somente no ano de 1620, na Suécia, o início do ensino do direito local, adaptando o Direito Romano às necessidades econômicas da localidade, que gerou um efeito cascata nos países europeus, que efetuaram o mesmo trabalho. Destaca-se, por fim, a força do Direito Romano, quanto a união dos povos europeus ao redor de um sistema jurídico (VENOSA, 2002, p. 82-83).

Depois disso, iniciou-se na Europa o movimento do ensino do Direito Natural, como aponta Venosa: “Essa tendência tem a virtude de sincretizar os costumes locais e regionais e fortalecer a união europeia em torno das mesmas ideias. Essa escola renova os princípios da grande família romano-germânica que vai tendo seu campo de influência aumentado.” (VENOSA, 2002, p. 83)

Como apontado, as universidades foram responsáveis pelo renascimento do

direito na Europa. Sendo assim, coube-lhes, então, “elaborar um novo direito, tomando-se por base os costumes existentes.” (VENOSA, 2002, p. 83). Diferente do sistema *Common Law*, apresentado anteriormente, que adapta-se com cada caso, no sistema romano-germânico os costumes que adaptam-se ao Direito Romano. Surgindo as primeiras codificações nesse sentido oficiais e particulares a fim de fixar os costumes legais (VENOSA, 2002, p. 84).

O que se infere disso é que nesse sistema a lei tem papel de uniformizar costumes e extirpar da sociedade práticas consideradas indevidas, ou seja, a lei molda a sociedade. No entanto, a lei que molda a sociedade é criada pela própria sociedade, resultando assim em um esforço para tirar de dentro de si situações mal vistas, bem como padronizar o padrão social.

No primeiro momento de existência da lei, esta não foi vista como fonte primária do Direito, pois ocorreu um período de assimilação e transição, considerando que em cada país que teve influência desse sistema tinha seus próprios costumes, diferentes é claro dos difundidos na Roma antiga (VENOSA, 2002, p. 84).

Logo, acentua-se que “a partir do momento em que a lei se arvora em completar o costume, em corrigi-lo ou em reformá-lo, surge como fonte primária” (DEKKERS, *apud* VENOSA, 2002, p. 84). Isso resulta no interesse do legislador em unir todo o direito em um único corpo legislativo (VENOSA, 2002, p. 84).

Discute-se, entretanto, dentro dessa narrativa, a respeito das vantagens e desvantagens da codificação do direito, que poderia acarretar em seu engessamento. Como se vê a seguir:

Toda codificação coloca, portanto, um dilema: se o código não é modificado, perde todo o contato com a realidade, fica ultrapassado e impede o desenvolvimento social; mas, se os componentes do código são constantemente modificados para adaptar-se às novas situações, o todo perde sua unidade lógica e começa a mostrar divergências crescentes e até mesmo contradições. Os perigos são reais, pois a experiência mostra que a compilação de um novo código é uma tarefa difícil que raramente alcança êxito. (CAENEGEM, *apud* VENOSA, 2002, p. 85).

Por fim, é importante apontar que ambos os sistemas objetivam um fim único, que é a justiça, não cabendo a análise de qual desses seria mais competente ou importante, pois são construções culturais e sociais de cada Estado.

Exemplo disso é o caso dos Estados Unidos, como outrora narrado, mesmo sendo país influenciado pelo sistema inglês acabou por criando seu próprio regramento, adotando algumas características do sistema *civil law*.

3.2.3 Sistema Brasileiro

Evidencia-se no sistema brasileiro o seguinte pensamento, nos termos do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, mais conhecido como Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Com isso, entende-se que de forma subsidiária à lei, o juiz valer-se-á da analogia, costumes e dos princípios gerais do direito. Havendo uma clara adoção ao sistema romano-germânico. Ademais, todas as múltiplas leis, códigos, consolidações levam a conclusão da adoção de tal sistema no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, os Códigos não apresentam a mesma importância que uma vez mostrou, tendo em vista a chegada de nova tendência de codificação do direito, a dos microsistemas ou estatutos. Podendo chegar no futuro, na existência dos códigos apenas com princípios gerais. Exemplo disso é o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, a Lei do Inquilinato, o Estatuto da Criança e do Adolescente entre outras legislações específicas (VENOSA, 2002, p. 85).

Além disso, infere-se que tão somente após a ocorrência de mudanças expressivas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que este paradigma começou a ser transformado. Sendo que a maior mudança nesse sentido foi a inclusão do art. 103-A, das súmulas vinculantes, como se vê a seguir:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Aponta Ana Carolina Oliveira que:

Historicamente no Brasil a jurisprudência não tinha senão uma autoridade doutrinária e moral, já que a Constituição de 1824, em seu art. 72, e a Constituição de 1891, “já determinava que ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, e o Poder Judiciário, no Brasil, nunca teve função legislativa. E, somente em 1926, o Supremo Tribunal Federal passou a ter função unificadora, relativamente à jurisprudência nacional, por meio do recurso extraordinário. (2016, p. 118-119).

Logo, percebe-se que o Brasil, assim como os Estados Unidos, não possui um

sistema jurídico puro, pois, embora estejam sujeitos a sistemas jurídicos primários também estão à mercê de modificações em sua essência. Venosa informa que a causa de tal situação se dá por conta da globalização e a integração econômica entre o continente europeu com o ordenamento jurídico britânico (VENOSA, 2019, p. 129), apontando ainda que:

Toda essa matéria deve ser aprofundada no estudo do Direito Comparado, disciplina que cada vez mais ganha importância no mundo globalizado. O profissional e o operador do Direito deste século devem estar familiarizados com o Direito dos povos, cada vez mais mesclados e miscigenados. (VENOSA, 2019, p. 129).

Com isso, conclui-se que o sistema brasileiro faz parte do sistema romano-germânico, devido a origem de seu Direito a partir dos portugueses, mas também recebe influência do direito inglês e norte-americano, exemplificado pela emissão de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pela uniformização dos precedentes judiciais pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.3 As Implicações do Ativismo Judicial

3.2.3 Ante os Poderes Estatais

Conforme se denota da definição de ativismo judicial de Luiz Flávio Gomes, apresentada anteriormente, existe um tipo de ativismo judicial que visa complementar o Direito, também conhecido como ativismo legislativo, no sentido de interpretar a lei com fulcro nos princípios do Direito (GOMES, 2009). Tal afirmação leva a entender que tal modalidade de ativismo judicial se coaduna com a ideia do postulado do legislador racional, apresentado pelo jurista Uadi Lammêgo Bulos, que, em suas palavras, é:

[...] a categoria dogmática-descritiva que propõe aos juristas interpretarem o direito positivo como se legisladores fossem, partindo do pressuposto de um Estado ideal, impecável, único, justo, onipotente e econômico, cujo ordenamento seria completo, sem lacunas nem conflitos. (BULOS, 2018, p. 469).

O autor ainda aponta que desse ponto de vista, o jurista seria posto no lugar do legislador, não se pendendo por falhas ao aplicar a lei no caso concreto. Ademais, vê-se como principal ideal desse ponto a vantagem de o legislador ser, na verdade, um ser racional, dispensando a utilização de teses que vão além da norma positivada.

Dessa forma, Luiz Flávio Gomes tece críticas a tal modelo do ativismo judicial, afirmando que há, nesse caso, intromissão do Judiciário no âmbito do Poder Legislativo, apontando também outra forma de ativismo, na qual o Poder Judiciário inova e cria norma nunca antes existente, o que se chama de proativismo, mudando o ordenamento jurídico, como se estivesse no sistema *Common Law*, no qual os juízes são quem dão o rumo para o Direito (GOMES, 2009).

Nesse sentido, Barroso aponta que a maioria dos países democráticos adotam o sistema de partição dos Poderes Estatais, como é o caso do Brasil. Com isso, todos os Poderes são responsáveis, no que lhes competem, a exercerem o controle de seus atos, bem como dos atos dos outros Poderes, através do que se chama de freios e contrapesos, herança advinda do constitucionalismo, os três Poderes, então, necessitam interpretar a Constituição, com amparo no princípio da proporcionalidade (BARROSO, 2012, p. 15).

Embora haja esta previsão, como apresenta o ilustre ministro, havendo divergência quanto a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, o Poder Judiciário é quem decide acerca dos conflitos, deixando, por fim, a ressalva de que tal prerrogativa não impõe a necessidade de que, de maneira indiscriminada, todas matérias devem ser resolvidas nos tribunais (BARROSO, 2012, p. 15).

Assim, encontra-se certo limite quanto ao papel do Poder Judiciário a fim de que não comprometa o princípio de Separação dos Poderes. Vale destacar, além disso, que tal disposição é cláusula pétrea da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, havendo o quebramento de uma cláusula pétrea da norma maior do ordenamento jurídico do país, infere-se que tal ordenamento jurídico irá desabar. Pois, se um edifício não se sustem sem alicerces, quem dirá todo um ordenamento jurídico.

Logo, entende-se a necessidade de obedecer a Separação dos Poderes determinada pelo constituinte originário, que definiu as diferentes e complementares atribuições de cada Poder. Acrescentando à narrativa Barroso, afirma:

[...] quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. **Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade**

constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes. (Grifo nosso) (BARROSO, 2018, p. 455).

Assevera também Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, embora não seja a função precípua do Poder Judiciário, este, por conta da abertura deixada pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, acaba exercendo controle político sobre a atividade política, relativizando a Separação dos Poderes, mesmo esta sendo cláusula pétrea (FERREIRA FILHO, 2011, p. 272). Como se vê a seguir:

O termo controle parece ser adequado para o registro exatamente porque ele tem duas faces, a de fiscalização e a de comando. O Judiciário brasileiro, e, particularmente na sua cúpula, o Supremo Tribunal Federal, tem um amplo poder de fiscalização corretiva da atividade política. Tem mais, porém. Possui um poder de comando político, na medida em que pode participar da construção do ordenamento jurídico, não só infraconstitucional, mas também constitucional, em concorrência com o Legislativo, e determinar ações administrativas, inclusive políticas públicas, em concorrência com o Executivo. Assim, atua negativa e positivamente. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 272-273).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta o risco de ter-se um uma politização do Judiciário, e aponta que o motivo para esta circunstância está nos critérios de seleção dos Ministros componentes do Supremo Tribunal Federal, acrescentando ainda que instrumentos importantes como a ação civil pública e a ação popular tem sido utilizadas por “poderosos”, não em busca de justiça, mas sim em virtude de seus próprios interesses, levando em conta o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito privado (FERREIRA FILHO, 2011, p. 273).

Assim como narrado no trecho de autoria do ministro Luís Roberto Barroso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta também que deve-se analisar qual é o verdadeiro sistema vigente no Brasil, eis que o artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elege o povo, como detentor de todo o poder, que elege seus representantes (FERREIRA FILHO, 2011, p. 274).

Não obstante, vê-se que o Poder Judiciário não é legítimo representante do povo e indaga-se, portanto, se no Brasil há um regime misto, quase como uma monarquia, com os Poderes Executivo e Legislativo sendo os representativos, democráticos, e o Poder Judiciário como o aristocrático (FERREIRA FILHO, 2011, p. 274).

Acrescenta-se ainda que:

Há outros riscos: se os magistrados do STF, um dia, só por hipótese, se engajarem

nas ondas involutivas do Estado de polícia, surge também a ameaça de "hitlerização do Direito" (direito nazista). Se conferirem primazia a uma determinada religião, em detrimento das regras jurídicas, há o risco da "fundamentalização do Direito" (direito fundamentalista). Se não observarem nenhuma regra vigente no momento das decisões, pode-se chegar à "alternativização do Direito" (direito alternativo). O Direito construído pelo STF, de outro lado, pode resultar absurdamente "antigarantista" - aliás, essa é a censura que muitos já estão fazendo em relação à Súmula Vinculante nº 5, que dispensa a presença de advogado nos processos disciplinares. (GOMES, 2009)

Entretanto, o autor antes mencionado aponta que o Poder Judiciário ao apreciar ato de outro Poder, não o faz para controlar ou fiscalizá-lo, mas sim para garantir a solidez da lei, baseando-se no princípio da inafastabilidade do controle judicial, presente no texto constitucional. (FERREIRA FILHO, 207-211).

3.2.3 Ante os Direitos Fundamentais

Existe um tipo de ativismo judicial, que é conhecido como: ativismo pró-direitos fundamentais, no qual o juiz toma atitude proativa em favor da concretização dos direitos fundamentais individuais, concedendo de ofício um *habeas corpus*, agindo, assim, por conta própria. (GOMES, 2009). Nesse sentido tem-se que:

O Supremo tem sido realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social. Expandindo e aplicando diretamente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão e da privacidade, ele tem imposto sérias limitações às *ações estatais regulatória, investigatória e coercitivo-penal*. Pautada principalmente na proteção do mínimo existencial, o Tribunal vem também mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva. Em diversas decisões monocráticas, de Turmas e do Pleno, o Supremo tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros poderes ou suprindo-lhes a "proteção insuficiente" no âmbito de políticas públicas sociais. (Grifo do autor) (CAMPOS, 2014).

Antes, porém, cabe a breve apresentação do conceito de direitos fundamentais. Tendo em vista que existe uma certa confusão entre a nomenclatura de direitos fundamentais e direitos humanos, pode-se dizer que já utiliza-se a união de tais expressões (RAMOS, 2017, p. 49).

Essa união resulta nos direitos humanos fundamentais. Sendo assim, infere-se que devido a aproximação entre o Direito Internacional e o Direito Interno de cada país, em relação aos direitos humanos, a diferenciação entre direitos humanos que são representação

dos direitos reconhecidos no âmbito internacional e os direitos fundamentais, que apontam aos direitos reconhecidos no Direito nacional, perde a importância (RAMOS, 2017, p. 49).

Dessa forma, o termo direito fundamental, utilizado neste trabalho, visa dar a ideia de abrangência aos direitos humanos. Portanto, “[...] consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna. (RAMOS, 2017, p. 21).

Tais direitos estão compreendidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma explícita e implícita, bem como se acham nos tratados internacionais. São universais, indispensáveis, superiores a outras normas e recíprocos, sujeitando, não só aos Estados, mas também a todos os indivíduos (RAMOS, 2017, p. 24).

Neste escopo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo XXV, 1., dispõe da seguinte maneira:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Essa previsão se traduz no direito ao mínimo existencial. Isso significa que para se alcançar a dignidade da pessoa humana, deve-se de maneira precípua, dispor aos cidadãos condições mínimas para sua existência, como a disponibilidade de acesso aos direitos à educação básica, à saúde, à assistência social e à justiça, bem como promover a igualdade, integridade física e psíquica, liberdade e solidariedade (RAMOS, 2017, p. 76-77).

Posto isto, pode-se enfim relatar à respeito do ativismo judicial pró-direitos fundamentais. Existem diversas formas do Poder Judiciário agir em busca da proteção dos direitos fundamentais, seja quando determina que a Administração Pública disponibilize vagas em ensino fundamental para crianças carentes, bem como a prover docentes para o ensino dessas crianças, devido a falta de servidores para este fim.

Essa dimensão prestacional do ativismo judicial do Supremo se manifesta também na formulação e na execução de políticas públicas em favor dos direitos sociais e econômicos, principalmente saúde e educação. Como revela o professor Daniel Sarmiento, o “Brasil é hoje certamente um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direitos” (sociais e econômicos). É certo que a maior demanda dessa proteção concentra-se nas instâncias inferiores, notadamente na primeira instância, no entanto, o Supremo Tribunal Federal também tem desempenhado papel dirigente no avanço desses direitos sociais. (CAMPOS, 2014).

Uma das maneiras que o Judiciário utiliza a fim de garantir os direitos fundamentais da pessoa, tendo em vista o princípio do mínimo existencial, é na área da saúde. Tal medida traz muitos questionamentos, pois esbarra em princípios importantes, ocorrendo um conflito aparente entre as normas.

Tais princípios estão relacionados a separação e harmonia dos Poderes, bem como da reserva do possível, sem prejuízo do já mencionado princípio do mínimo existencial. Em específico, nesse quadro, cabe apontar que no que tange ao acesso à saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos, há no Supremo Tribunal Federal a “ponderação dos princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, tendo sido discutido que, [...], a intervenção judicial é possível, pois não há usurpação da separação de poderes [...]” (RAMOS, 2017, p. 64-65).

Pois bem, a primeira grande crítica a ser apresentada a este tipo de ativismo judicial é a judicialização excessiva da saúde no Brasil, como se vê a seguir:

O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas. (BARROSO, 2007, p. 22).

Em seguida, pode-se colocar a ineficiência do Poder Judiciário ao tentar regulamentar tais medidas, pois quem tem toda a visão de gastos públicos, bem como melhores técnicas a serem aplicadas na resolução de problemas no sistema de saúde é o Poder Executivo, sendo essa a intenção do constituinte originário ao elegê-lo como garantido através de políticas públicas exercidas pelo órgão administrativista (BARROSO, 2007, p. 23).

Além disso, pode-se acrescentar a carência de legitimidade democrática de tais medidas, pois quando o Estado tem que investir recursos públicos em casos isolados de saúde, ao invés de empenhar tal parte do erário público em ações educacionais, por determinação de instituições não democráticas, no caso o Poder Judiciário, há a usurpação da vontade do povo. O povo que paga os impostos, através de seus representantes eleitos, deveriam ser os únicos responsáveis por escolher como e quando investir a receita estatal (BARROSO, 2007, p. 23-24).

Nesta baila, chega-se a importante tema a ser debatido, que é o panorama financeiro do Estado, a respeito da reserva do possível. O princípio da reserva do possível em relação ao princípio do mínimo existencial pode ser explanado da seguinte maneira:

A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: (...) d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BVerGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: ‘não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral.’ E) possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental. (NUNES e COUTINHO, *apud* BARROSO, 2007, p. 24).

Assim, tem-se que o orçamento dos entes federados não suporta a concessão de inúmeras demandas individuais, gerando ao mesmo tempo a desorganização da Administração Pública, pois quando o Poder Judiciário determina a concessão de medicamento a um indivíduo, este fármaco é retirado do programa social ao qual estava inserido, e conseqüentemente deixa de atender outra pessoa que já estava devidamente inscrita e incluída nessas políticas públicas (BARROSO, 2007, p. 24-25).

Encontra-se, portanto, o Poder Executivo cercado e aprisionado ao bem querer dos magistrados. Uma vez que poderia investir na causa do problema, como em saneamento básico e políticas de prevenção às doenças para passar a investir em casos isolados, o ministro Luís Roberto Barroso corroborando com essa narrativa faz os seguintes apontamentos:

[...] quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média (BARROSO, 2007, p. 26).

Ante tais circunstâncias, foi necessária a imposição de parâmetros para a concessão de medicamentos e acesso à saúde nas causas individuais. Ficando padronizado, então, que se existir alguma política pública de fornecimento de acesso à saúde ou de medicamentos, não poderá haver a determinação para concessão de tais serviços ou produtos, o que acarretaria na ingerência em outra esfera de Poder, bem como desestruturaria a máquina pública. Também traz importante reflexão sobre o tema a ilustríssima jurista e doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como se vê a seguir:

O grande risco da concessão judicial indiscriminada na área dos direitos sociais é

que o *summum jus* (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em *summa injuria* (interesse coletivo desprotegido). Isto sem falar que o juiz se substitui ao Legislativo e ao Executivo na implementação de políticas públicas, concentrando em suas mãos uma parcela de cada um dos três Poderes do Estado, com sérios riscos para o Estado de Direito e para a segurança jurídica. (Grifo do autor) (DI PIETRO, 2015).

Contudo, mesmo ante a inequívoca infringência ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes, a medida capaz de atender as necessidades mais básicas do cidadão deve ser o mínimo a ser feito pelo Estado brasileiro, que se propôs, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a ser mais garantista, não podendo, então, perder de vista as necessidades de seus cidadãos.

3.4 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

Fora apresentado, até o momento, diversos apontamentos relativos ao ativismo judicial no Brasil e no mundo, entretanto, também é válida a amostra de casos reais de aplicação de tal fenômeno jurídico. Com isso, passa-se a relatar um breve histórico a respeito da postura de nosso tribunal constitucional.

No início dos anos dois mil, o Supremo Tribunal Federal teve uma mudança de postura, como se vê adiante:

À medida que o novo milênio se aproximava, contudo, teve início a *era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. É difícil precisar o momento exato dessa mudança, [...]. A verdade é que, aos poucos, a Corte foi abandonando *ortodoxias de autorrestrrição judicial*. Ela flexibilizou os requisitos de legitimidade para a propositura de ADI em favor das entidades de classe e intensificou o controle de constitucionalidade dos pressupostos de urgência e de relevância das medidas provisórias, minimizando o caráter de “questões políticas” e passando a julgar inconstitucionais medidas carentes de urgência e de relevância. (CAMPOS, 2014).

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal iniciou um intenso processo de mudança de comportamento, passando, então, a adentrar em temas sensíveis, que causaram, e ainda causam, grande repercussão na sociedade, passando a ocupar, nas palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, “o espaço nobre do ativismo judicial” (CAMPOS, 2014).

As decisões que mais cabem destaque nesse ponto são as que se referem a possível intromissão do Poder Judiciário na área de atuação dos outros Poderes, bem como no que tange a defesa dos Direitos Fundamentais.

Nesta baila, cabe mencionar que no âmbito da invasão dos Poderes o Supremo

Tribunal Federal tem, há algum tempo, tomando decisões que causam muito alvoroço no campo jurídico.

O Supremo Tribunal Federal mantinha um posicionamento a respeito de julgamentos de Mandados de Injunção, a princípio, limitava-se a declaração de mora legislativa, não obstante, tal entendimento se modificou. Caso emblemático de tal situação é em relação ao polêmico julgamento do direito de greve no serviço público.

Nesse contexto, foi a partir do ano de 2007 que o Supremo Tribunal Federal passou a ter o entendimento concretista genérico, criando, de forma provisória, norma que regulamenta a situação em apreço, até que o Congresso Nacional edite lei em caráter *erga omnes* (MENEZES, 2013, p. 27).

Seguindo esse raciocínio, demonstra-se a seguir, a postura mais retraída do Supremo Tribunal Federal, no sentido de apenas apontar a mora legislativa:

POR MAIORIA DE VOTOS, O TRIBUNAL DEFERIU O PEDIDO DE MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, PARA RECONHECER A MORA DO CONGRESSO NACIONAL EM REGULAMENTAR O ART. 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COMUNICAR-LHE A DECISÃO, A FIM DE QUE TOME AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR INDISPENSÁVEL AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, VENCIDOS, EM PARTE, O MIN. CARLOS VELLOSO, QUE TAMBÉM RECONHECIA A MORA DO CONGRESSO NACIONAL E, DESDE LOGO, FIXAVA AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS AO EXERCÍCIO DESSE DIREITO, E OS MINS. SEPÚLVEDA PERTENCE E MARCO AURÉLIO, QUE NÃO CONHECIAM DO PEDIDO. VOTOU O PRESIDENTE. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, DR. MOACIR ANTONIO MACHADO DA SILVA, NA AUSÊNCIA OCASIONAL DO DR. ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA. PLENÁRIO, 19.5.94. (Grifo nosso)

Mais adiante, no julgamento do MI 670 observa-se a mudança de posicionamento da Corte, da seguinte maneira:

Decisão: **O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007. (BRASIL, STF).

Dessa maneira, encontra-se neste julgamento grande divergência dentro da própria

casa da justiça. Em primeiro lugar, o Ministro Maurício Corrêa, adotando uma postura auto restritiva, apontou, em seu voto, que não cabe ao Judiciário, no âmbito do mandado de injunção, garantir direito à greve ao impetrante, pois estaria invadindo a atribuição do legislador, tampouco cabe ao Poder Judiciário a fixação de prazo para o Congresso Nacional aprovar a proposição legislativa, mas tão somente a declaração da mora legislativa

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, admitiu a aplicação do direito de greve aos requerentes, desde que seja apenas para o caso em apreço. Ademais, pontuou, no mesmo sentido do saudoso Ministro Maurício Corrêa, que o Poder Judiciário não poderia criar normativa, pois estaria atentando contra o Estado Democrático de Direito, infringindo contra o princípio da separação e harmonia dos Poderes, sendo papel do Poder Legislativo elaborar e criar normas.

Em sentido contrário, o Ministro Gilmar Mendes apontou que mesmo após diversos apontamentos da mora legislativa em elaborar norma que atendesse o pedido de greve dos servidores públicos, o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal não poderia quedar-se inerte, ante tal omissão, que toca em direitos sociais importantes aos cidadãos, mas sim agir de maneira mais enérgica a fim de garantir os direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Seu voto foi no sentido de que devia-se aplicar a Lei n. 7.783/89 – Lei de Greve dos trabalhadores aos servidores públicos, não somente ao caso analisado, mas de maneira *erga omnes*.

Mais adiante, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal a aplicação desse entendimento, não somente em casos apreciados pela Corte, mas sim de forma *erga omnes*, como defendido pelo ilustre Ministro Gilmar Mendes, como se denota a seguir:

Verifica-se, dessa forma, que o STF se afasta claramente de sua posição inicial, não concretista, passando pela concretista individual e chegando ao outro extremo, a tese concretista genérica (com eficácia *erga omnes*). Sua posição, inicialmente firmada no sentido de se limitar apenas à declaração da existência da mora legislativa, mudou para a edição de norma regulamentadora específica, ou seja, saltou de posição amplamente respeitadora da separação dos Poderes para a criação de regulamentação provisória pelo próprio Judiciário. (MENEZES, 2013, p. 31).

Com isso, encerra-se aqui a exposição de um dos casos da evidente atividade ativista do Supremo Tribunal Federal, no que condiz a discussão sobre o tema da separação e harmonia entre os Poderes. Passa-se, nesse momento a análise de caso de ativismo judicial no que tange aos direitos fundamentais, concernentes ao mínimo existencial em contraponto à reserva do possível.

Nota-se, de primeiro modo, que o Supremo Tribunal Federal, após a publicação da nova Constituição em 1988, viveu um “estado de espanto”, por alguns anos, sendo que somente no de 1999 que encontra-se julgamento relativo ao direito fundamental de acesso à saúde (PEDRON e DUARTE NETO, 2018, p. 104), como se vê a seguir:

COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. [...] SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (BRASIL, 2000a, p. 976). (PEDRON e DUARTE NETO, 2018, p. 104).

Por conseguinte, o tempo passou e com ele a corte foi estabilizando seu posicionamento protecionista e garantista, da seguinte maneira:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive portadores de vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste à todas as pessoas – representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja sua esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem nos destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado (BRASIL, 2000c, p. 1.409-1.410). (PEDRON e DUARTE NETO, 2018, p. 105).

Logo, com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, pôde-se observar, nesse sentido, avanços no Poder Judiciário, pois implantou-se mecanismos a fim de atingir na atuação dos magistrados de todo o país, como a criação do Conselho Nacional de Justiça, o CNJ, bem como o requisito, para ingresso na carreira de juiz, de conhecimento em áreas como a filosofia, a sociologia e a psicologia do direito.

Neste escopo, há então, “[...] uma reaproximação do direito com a moral, a divisão das normas em regras e em princípios, com caráter normativo para estes, e o

Judiciário como garantidor de todas as promessas do constituinte ganha crescente destaque.” (PEDRON e DUARTE NETO, 2018, p. 105).

Posto isto, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal superou algumas fases em seu entendimento relacionado à sua atitude mais proativa em favor dos direitos fundamentais, em específico no que tange ao acesso à saúde, mesmo quando há em jogo princípios tão latentes como da reserva do possível e da separação e harmonia entre os Poderes, passando assim de uma postura de não reconhecimento do direito à saúde até o atual contexto histórico-jurídico, em que reconhece o papel proativo do Judiciário.

CONCLUSÃO

Tendo em vista a complexidade do tema tratado e sua importância para a vida das pessoas, não há a possibilidade do parecer final deste trabalho ser conciso e direto, pois conforme se demonstrará a seguir, existem hipóteses de cabimento do ativismo judicial, como também há hipóteses em que sua aplicação pode gerar prejuízos seríssimos.

O Poder Judiciário, assim como o Poder Legislativo e o Poder Executivo tem importância incontestável na sociedade brasileira. Entretanto, este primeiro tem ganhado muito mais destaque nos últimos anos, pois tem exercido um papel de corretor dos atos de seus pares, de diversas maneiras, através do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como na concessão de mandados de injunção que visam a obtenção de regulamentação normativa de certas situações ainda não normatizadas.

Somado a isso está o papel progressista e garantista que o Estado brasileiro tem tomado, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visando a proteção de direitos sociais. Dessa forma, o papel que o Poder Judiciário toma chama atenção, pois por muitas vezes aparenta que está usurpando as atribuições constitucionais entregues aos outros Poderes.

Chama-se tal atitude de ativismo judicial, termo este que surgiu nos Estados Unidos da América, em um momento em que a principal corte do país estava passando por uma mudança de entendimento. Da postura autorrestritiva a corte americana passou a ter atuação mais proativa, a fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Por esse ângulo, vê-se a difícil escolha a ser feita pelo magistrado, ao escolher em nome dos direitos fundamentais de um indivíduo correr o risco de valer-se da atribuição não destinada à si, ou tão somente recolher-se ao mandamento da lei, tendo uma visão mais positivada e autorrestritiva, baseando-se no princípio da separação e harmonia entre os Poderes.

Cabe, portanto, apontar que ambas as situações podem gerar efeitos positivos e negativos à sociedade, pois quando o magistrado escolhe deixar de determinar à Administração Pública que providencie acesso à saúde para certo indivíduo, em nome do princípio da separação e harmonia entre os Poderes, bem como da reserva do possível, haja vista o orçamento limitado e já planejado do ente federado, poderá ocorrer prejuízos.

Em primeiro plano, a perda irreparável que pode ocorrer, conforme narrado anteriormente, no caso da denegação de acesso à saúde é da vida do ser humano que postulou

a medida mais enérgica do Poder Judiciário. Como valorar uma vida humana? Todas possuem valor. Dessa forma, cabe, em meio a excessiva judicialização da saúde, ponderar a respeito do deferimento ou não de tais medidas.

De modo diverso, no caso do acolhimento do pleito do paciente que precisa de acesso à saúde através de medicamento e o órgão judicial lhe concede, tal pleito sem a devida vênia, retirando assim, do orçamento do Poder Executivo, a verba necessária para a construção de saneamento básico, que poderia de maneira mais eficiente contribuir para a saúde da população com um todo e não somente em um caso isolado.

Posto isto, vale apontar que para a resolução de tal problemática é necessária a maior capacitação dos magistrados brasileiros, a fim de que não concedam em favor de uns e em prejuízo de outros.

Por outro lado, quando o Poder Judiciário toma a atitude autorrestritiva de não criar norma ou ainda de não suprir lacuna existente em legislação, o que na verdade não acontece, em nome da reserva legislativa que é destinada ao Poder Legislativo, podem haver perdas irreparáveis.

Se houver a existência de mandamento constitucional a fim de o Poder Legislativo criar norma e assim não o fizer e com isto direitos fundamentais podem ser feridos, deve o Poder Judiciário em nome da defesa de tais direitos legislar, fazendo às vezes do legislador.

No entanto, o que não pode ocorrer é o exagero desta prerrogativa. Se o juiz que julga se a lei é ou não constitucional, exerce também a função de legislador, de forma rotineira, que segurança jurídica haverá? Então, não cabe ao Poder Judiciário, em regra, a postura legiferante. Contudo, tão somente, em casos excepcionais, quando direitos fundamentais estão ameaçados, pode o Poder Judiciário tomar a posição ativista.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelino e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed., São Paulo: Método, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228061/cfi/4!/4/4@0.00:13.8>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2019.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:13.8>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Ministério Público Federal, 2007. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 07 de abril de 2019.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn)thesis, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 27 de setembro de 2018.

BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 05 de março de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 de setembro de 2018.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 13 de novembro de 2018.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 1º de abril de 2019.

_____. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 05 de março

de 2019.

_____. **Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm. Acesso em 05 de março de 2019.

_____. **Lei n. 12.562, de 23 de dezembro de 2011.** Regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12562.htm. Acesso em: 05 de março de 2019.

_____. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2030-2018-apos%201-2-2019.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2019.

_____. **Regimento Interno do Senado Federal.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Resp 23.121/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/1993, DJ 08/11/1993, p. 23521. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22HUMBERTO+GOMES+D+E+BARROS%22%29.MIN.&processo=23121&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 03 de março de 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** MI 670, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, PLENÁRIO, julgado em 25/10/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1480655>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed., ver., atual., São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/cfi/1295!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed., rev., Coimbra: Almedina, 1993 (7. ed., 2003).

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/cfi/6/34!/4/8/4/2@0:0>. Acesso em: 27 de março de 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed., rev., atual., e ampl., São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006056/cfi/6/10!/4/10/2/2@0:0>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2019.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Análise do exercício do controle de constitucionalidade pelos Poderes do Estado**. Âmbito jurídico, 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12012. Acesso em: 03 de março de 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3, Ed., São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139770/cfi/4!/4/4@0.00:6.74>. Acesso em: 05 de abril de 2019.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O Poder Constituinte**. 6. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502222793/cfi/4!/4/4@0.00:6.76>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** 2009, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>. Acesso em: 30 de março de 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed., ver., atual., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa e FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 6. ed., Barueri: Manole, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520446256/cfi/5!/4/4@0.00:7.26>. Acesso em: 14 de novembro de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Bruno Paiva. **Ativismo Judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos.**

2013, Câmara dos Deputados. Disponível em:
<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13716#>. Acesso em: 06 de abril de 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed., rev., atual., ampl., Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law. 2016, **Revista Direito Público**. Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2737>. Acesso em: 1º de abril de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud e DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em:
https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/55/218/ri_v55_n218_p99.pdf. Acesso em: 07 de abril de 2019.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627628/cfi/4!/4/4@0.00:21.6>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis**. Scielo, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/04.pdf>. Acesso em: 05 de março de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018592/cfi/6/10!/4/28/2@0:34.9>. Acesso em: 1º de abril de 2019.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007.