



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Graduação em Direito

BÁRBARA FERNANDES CATSIAMAKIS

ATIVISMO JUDICIAL: PARÂMETROS E LIMITES NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO
DECISÓRIA

BRASÍLIA
2015

BÁRBARA FERNANDES CATSIAMAKIS

ATIVISMO JUDICIAL: PARÂMETROS E LIMITES NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO
DECISÓRIA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Msc. Luiz Emilio Pereira Garcia

BRASÍLIA
2015

ATIVISMO JUDICIAL: PARÂMETROS E LIMITES NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO
DECISÓRIA

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de bacharel
em Direito pelo Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Msc. Luiz Emilio
Pereira Garcia

Brasília, ___ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Luiz Emilio Pereira Garcia

Examinador

Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade abordar a manifestação do ativismo judicial, expondo no âmbito do Estado de Direito brasileiro contemporâneo, suas conseqüências e limitações. Nesse sentido, versaremos sobre a evolução do Estado de Direito e destacaremos as principais características das Constituições brasileiras no que tange a separação de poderes. Nesse cenário, trataremos sobre a formação da atual Constituição Federal, com suas normas regras e normas princípios, e a consequência da constitucionalização dos princípios, que nos remete ao surgimento do ativismo judicial. Por fim, visando limites na criação do direito por decisões judiciais, falaremos sobre a expansão do Poder Judiciário e sua ingerência nas questões político-sociais.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Ativismo judicial. Teoria dos princípios. Separação dos Poderes. Poder Judiciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 TEORIA DO ESTADO DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DE PODERES	8
1.1.1 <i>Do Estado Liberal de Direito</i>	8
1.1.2 <i>Do Estado Social de Direito</i>	10
1.1.3 <i>Do Estado Democrático de Direito</i>	12
1.2 <i>Separação dos Poderes</i>	13
1.2.1 <i>Do Poder Político</i>	13
1.2.2 <i>Do Governo e das Funções do Poder</i>	13
1.2.3 <i>Da Separação dos Poderes</i>	14
1.2.4 <i>Do Sistema de Freios e Contrapesos</i>	18
1.2.5 <i>Da Separação dos Poderes no Estado Democrático de Direito</i>	19
1.3 <i>Do Cenário Brasileiro</i>	20
1.3.1 <i>Constituição de 1891</i>	20
1.3.2 <i>Constituição de 1934</i>	22
1.3.3 <i>Constituição de 1937</i>	25
1.3.4 <i>Constituição de 1946</i>	26
1.3.5 <i>Constituição de 1988</i>	28
2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	32
2.1 <i>Teoria dos Princípios</i>	32
2.2 <i>Ativismo Judicial</i>	39
3 O ATIVISMO JUDICIAL E O JUDICIÁRIO NO BRASIL	50
3.1 <i>Análise de casos</i>	50
3.2 <i>Críticas ao Ativismo Judicial</i>	57
3.3 <i>O Judiciário Brasileiro na Atualidade</i>	64
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por finalidade averiguar o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais, buscando os embasamentos sobre o ativismo judicial, seus desmembramentos e consequências geradas no âmbito jurídico e na própria organização do Estado.

A Constituição brasileira, por ser de cunho programático, é extensa em que pese direitos e garantias, atribuindo muitas responsabilidades ao Estado, o que acarreta dificuldade na prestação desses direitos ao cidadão. Como a maioria das políticas públicas carece de efetividade na elaboração e prestação dos serviços devido a inércia do Poder Executivo e Legislativo, torna-se necessária essa interferência do Poder Judiciário no exercício dos direitos fundamentais.

Essa atuação do juiz como agente social, tem por consequência um elevado impacto orçamentário, além de falhas na execução dessa política, visto que não ocorre a concessão de tutela à todos que deduzem essa pretensão em Juízo, por motivos diversos.

Acrescente-se ainda que o alto custo financeiro das decisões do Judiciário para assegurar aos cidadãos tais direitos sociais, afeta diretamente a gestão pública, pois trata-se de uma infinidade de direitos garantidos pela Constituição e, em contra partida, a escassez de recurso orçamentário por parte do Estado, já que não existe prévio orçamento para esses gastos tidos como imprevistos, interferindo no próprio planejamento de seus programas.

Nesse sentido, a função social exercida pelo juiz, ao garantir direitos ao cidadão, vai além de sua área de atuação, interferindo na política sem ao menos possuir representatividade política para tanto, ou seja, aquilo que se denomina legitimidade democrática, ofendendo assim princípios democráticos.

Ademais, tal intervenção do Judiciário encontra embasamento no Estado de Direito, no qual o ordenamento constitucional consagra princípios que possibilitam a expansão da atuação do Judiciário, ou seja, concede legitimidade constitucional ao Judiciário, e acaba transbordando para o âmbito político de competência do Legislativo e do Executivo.

Por isso, o ativismo judicial vem sendo questionado quanto aos limites jurisdicionais estabelecidos pela Constituição, em destaque acerca do princípio da separação dos poderes.

À vista das consequências do ativismo judicial, questiona-se: como o Judiciário se habilita a exercer o ativismo judicial? Como se fundamenta tal exercício? A definição/imposição de políticas públicas é função do Poder Judiciário?

Quando o juiz é compelido a tomar decisões partindo de suas expectativas pessoais, tem-se uma justiça casuística que, apesar de bem intencionada, acaba por desmerecer a principal função do direito que é organizar expectativas humanas em uma sociedade complexa na qual inexistem valores morais preponderantes. O direito deveria oferecer a segurança jurídica, estabelecendo o mínimo de estabilidade e previsibilidade, cumprindo e ofertando justiça da melhor maneira à organização da sociedade.

Deve-se ressaltar que a sociedade e o Estado estão em constante mudança, mormente quando não há uma linha única de pensamentos tratando de valores e condutas. Por isso, considera-se necessária a divisão funcional, que também colabora com a segurança jurídica. O magistrado, ao exercer função social, muitas vezes acaba causando, mesmo que involuntariamente, uma desestruturação ainda maior da segurança jurídica, pois a definição de justiça é um conceito moralmente aberto.

O objetivo dessa monografia é apresentar os problemas do ativismo judicial, tendo em vista o princípio da separação de poderes quanto à harmonia e equilíbrio, suas implicações para com o Estado de Direito e a sociedade democrática.

Nessa seara, faz-se necessário compreender e diferenciar o conceito entre judicialização, decisionismo e ativismo judicial. Verificar os fundamentos para efetivar, promover ou até mesmo restringir um direito fundamental.

Portanto, buscar-se-á compreender os parâmetros e limites que o juiz deverá utilizar para exercer sua função decisória, discorrendo sobre os princípios que norteiam tal função exercida pelo Poder Judiciário, para evitar uma decisão passível de desestruturação da segurança jurídica.

Dito isso, serão feitas pesquisas acerca de posições doutrinárias e jurisprudenciais das questões controvertidas a respeito do ativismo judicial e seus fundamentos, além de destacar conceitos relevantes à presente monografia.

Também serão buscadas posições em casos concretos, com a finalidade de traçar um parâmetro geral da importância de estabelecer limites racionais às decisões judiciais. Buscaremos em livros, artigos, na própria lei, conceitos e princípios norteadores do tema e que sirva de engrandecimento para este trabalho.

Diante do caso, o primeiro capítulo discorrerá sobre a formação do Estado de Direito que vivenciamos hoje, apontando sua evolução, sobre a construção teórica da separação dos poderes e sua importância, e, para melhor entender o cenário brasileiro, versaremos a respeito das Constituições brasileiras.

Continuando, no segundo capítulo abordaremos sobre os princípios que norteiam e que regem o ordenamento jurídico, diferenciando-o das regras e estabelecendo sua importância e a consequência da constitucionalização deles. Abriremos um segundo tópico para tratar do ativismo judicial, sempre com posicionamento de diversos constitucionalistas brasileiros.

Em seguida, no terceiro capítulo, será abordado uma análise do ativismo judicial. Para isso, abordaremos alguns casos de decisões ativistas para efeito exemplificativo. No mais, será analisado o papel do Poder Judiciário no Brasil, principalmente do Supremo Tribunal Federal, visando, ao fim, compreender a razão do ativismo judicial ser tão fomentado nos dias atuais.

1 TEORIA DO ESTADO DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1.1 Do Estado Liberal de Direito

A definição de Estado de Direito está ligada ao modo no qual os cidadãos depositam confiança nos governantes, esperando a execução e a proteção de suas garantias constitucionais, principalmente no que tange a direitos e liberdades fundamentais do cidadão¹.

Sua origem ideológica vem dos confrontos entre a liberdade e o absolutismo, justificando assim sua associação política as crenças liberais de uma sociedade burguesa².

Assim, originariamente, o Estado de Direito era um conceito liberal, caracterizado por sua submissão ao império da lei, isto é, considerava-se a lei como sendo ato proveniente do Poder Legislativo, que, por sua vez, era composto por representantes dos cidadãos; pela divisão de poderes, ou seja, uma tripartição independente e harmônica dos poderes; e enunciado e garantias dos direitos individuais³. Dito isso, o modelo de Estado Liberal preocupou-se, exclusivamente, na proteção do indivíduo da interferência do Estado⁴.

Diante deste cenário, preconiza Roberto Barroso⁵:

A luta pela liberdade, a ampliação da participação política, a consagração econômica da livre iniciativa, o surgimento da opinião pública, dentre outros fatores, fizeram do modelo liberal o cenário adequado para o renascimento do espaço público, sem comprometimento do espaço privado.

Importante salientar que, assim como há diversas concepções acerca do conceito de Estado e de Direito, existem concepções deformadoras do significado de Estado de Direito. Por isso, há de se adotar o conceito formal de Estado de Direito

¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.326.

² *Ibidem*, p. 327.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013, p. 114.

⁴ ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como controle de constitucionalidade e seus limites, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 183-212. p. 126.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65.

como um Estado de Justiça, sendo este um conceito absoluto e abstrato, fundamentado em um Estado Ético⁶. Segundo Gonçalves Ferreira Filho⁷, o Estado de Direito na sua forma clássica é “[...] a existência de um Direito não criado pelos homens, superior ao Direito positivo que o Poder edita.”.

Deve-se ressaltar que o Estado de Justiça a que foi referido, isto é, o Estado clássico de Direito, não se trata de um Estado que está submetido ao Poder Judiciário, que, nesse caso, seria um exemplo de concepção deformadora, conforme salienta Afonso da Silva⁸, “Estado submetido ao juiz é Estado cujos atos legislativos, executivos, administrativos e também judiciais ficam sujeitos ao controle jurisdicional no que tange à legitimidade constitucional e legal.”. No Estado de Justiça, são os Poderes e as leis que devem se submeter ao Direito superior, não podendo lei alguma ser contrária ao direito natural⁹.

No mais, na concepção jurídica de Kelsen¹⁰, Estado e Direito possuem o mesmo significado, de forma que todo o Estado há de ser um Estado de Direito. De acordo com sua visão, o Direito é norma positivada, pura, o que acaba por confundir com mero enunciado formal de lei, descompromissado com a realidade social do Estado, sendo um mero Estado Legal, outra redução à concepção do Estado de Direito.

A partir da análise feita, podemos elencar alguns princípios norteadores do Estado de Direito, entre eles, os essenciais, como o princípio da legalidade, que irá determinar o que é proibido ou ilícito; o princípio da igualdade, tratando os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade; e o princípio da justicialidade, garantidor dos demais princípios¹¹, ou seja, visa a proibição da discriminação em suas diversas formas, sejam de cunho econômico, social, sexual, entre outros¹².

O princípio da legalidade trata do direito do homem de ser livre para fazer tudo o que a lei não lhe proibir. Dessa forma, temos a liberdade como regra geral e a restrição como exceção, e como consequência de tal liberdade, limita-se o poder de

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 115.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6.

⁸ SILVA, op. cit. p. 116.

⁹ FERREIRA, op. cit. p. 9.

¹⁰ SILVA, op. cit. p. 116.

¹¹ FERREIRA, op. cit. p. 23.

¹² CUNHA, Alexandre Sánches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 155.

atuação do Estado, que deve ser fundamentado por lei anterior¹³.

O segundo princípio, o da igualdade, reconhece ao cidadão o direito a ter a lei de forma igual para todos, sem que haja distinção entre cidadãos iguais. Tal princípio visa restringir o Poder Legislativo do livre arbítrio, devendo sempre buscar por justiça¹⁴.

Já o princípio da justicialidade implica a separação absoluta de quem diz o Direito, quem edita o Direito, e quem o executa, pois, caso contrário, não haveria limitação do Direito, ocorrendo assim, o livre arbítrio sobre a vida e liberdade dos cidadãos¹⁵.

1.1.2 Do Estado Social de Direito

O Estado Liberal, marcado pelo individualismo e abstencionismo, provocou diversas injustiças sociais, provocando uma transformação para um Estado de Direito que deixe de ser neutro e passe a adotar uma concepção material do Direito, buscando a justiça social. Por isso, adota-se o Estado Social de Direito, buscando a não abstenção do Estado, objetivando direitos sociais capazes de se alcançar uma justiça social. Nesse sentido, busca-se por uma realidade de bem-estar geral, garantindo o desenvolvimento da pessoa humana. A garantia desses direitos sociais pode estar expressa ou não no texto constitucional¹⁶.

Para Roberto Barroso¹⁷, o Estado Social, ao contrário do Estado Liberal, é um modelo intervencionista no qual o Estado torna-se um instrumento de combate da sociedade contra injustiça social, abuso de poder e para a prestação de serviços sociais, comprometendo, assim, com o desequilíbrio entre o espaço público e o espaço privado, estabelecidos no Estado Liberal, uma vez que se ampliou a atividade pública.

Em tal aspecto, Bonavides¹⁸ ressalta que o Estado Social busca um pacto

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24.

¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹⁵ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 117.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 381.

político, social e econômico que resguarde a ordem jurídico-constitucional de maneira que garanta a proteção da liberdade e da igualdade, princípios estes essenciais a uma ordem econômica e social mais justa e humanitária.

Abrange-se assim, num único sistema, o capitalismo como forma de produção em conjunto com o bem-estar social, ou seja, o chamado neocapitalismo (Welfare State). Tal sistema liga o social ao Estado, de maneira a delimitar ações socialistas, e realizar direitos fundamentais de caráter social, buscando manter o caráter democratizante, afastando-se do sentido liberal burguês individualista, e aderindo uma visão mais progressista e aberta que o Estado Liberal de Direito¹⁹.

Porém, deve-se atentar que, assim como a concepção de Estado de Direito pode sofrer deformações, o Estado Social de Direito sofre da mesma redução, pois a palavra social também está sujeita a variações e, tanto aconteceu que temos modelos²⁰ de Estado Social de Direito com regimes políticos contraditórios²¹.

No mais, no Estado Social de Direito, o princípio da legalidade é afastado, pois se desvincula do conceito de justiça e diz respeito a mero instrumento do legislador para orientar tanto a organização do Estado quanto impor o comportamento individual, sem que se observe o conteúdo²².

No que tange ao princípio da igualdade, este também se encontra afastado, uma vez que há aumento da distinção de tratamento principalmente no que se refere às peculiaridades política e econômica, gerando assim benefícios e privilégios para determinados grupos²³.

Por último, a justicialidade está presente apenas formalmente, visto que o Direito criado será válido independentemente do conceito de justiça, cabendo à autoridade do legislador para que seja consagrado²⁴.

1.1.3 Do Estado Democrático de Direito

Conforme fora analisado, conclui-se que o Estado Liberal de Direito e o Estado

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 117.

²⁰ Bem observa José Afonso da Silva “que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.”.

²¹ SILVA, op. cit. p. 118.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59.

²³ Ibidem, p. 61.

²⁴ Ibidem, p. 63.

Social de Direito nem sempre representam um Estado Democrático. O Estado Democrático encontra fundamentos na soberania popular, ou seja, na participação do povo na coisa pública, garantindo o princípio democrático como direito fundamental do homem²⁵.

Para Afonso da Silva²⁶, o Estado Liberal, na verdade, contrapõe-se ao Estado Democrático, uma vez que a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, tampouco a idéia igualitária de que todos possuem direito iguais a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito.

O Estado de Direito criado pelo liberalismo, encontra respaldo no Direito natural, imutável e universal, e por isso, regra geral, a lei se faz igual para todos. Dada essa generalidade das leis, não há base material para realização de um Estado de Direito na vida concreta. Por isso, houve a construção de um Estado Social de Direito em busca de uma justiça social na qual não foi assegurada, e por fim o Estado Democrático de Direito²⁷.

A partir disso, o Estado Democrático de Direito cuida de um novo conceito e, segundo Afonso da Silva²⁸, visa promover justiça social acima do capitalismo. Bem assim, surge como um meio convergente entre a democracia e o socialismo, pois institucionaliza o poder popular na organização do Estado.

O Direito, assim, terá que se voltar ao interesse coletivo, fundamentado na soberania popular, na pluralidade de expressão e na organização política democrática, respeitando e garantindo os direitos e liberdades fundamentais, em prol de uma democracia econômica, social e cultural. A sociedade de um Estado Democrático de Direito há de ser solidária, livre e justa; o poder deverá emanar do povo, direta ou indiretamente, e deverá ser em proveito do povo; haverá a participação do povo na formação e nos atos do governo; haverá pluralidade de idéias, culturas e etnias, e diálogo e convivência entre as diferenças. No mais, possui fundamento essencial no princípio da legalidade, pois está subordinado a Constituição, sendo relevante não somente o ato jurídico abstrato, geral, mas

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 119.

²⁶ *Ibidem*, p. 119.

²⁷ *Ibidem*, p. 119.

²⁸ *Ibidem*, p. 121.

também sua regulamentação²⁹.

Cumprе ressaltar que é de extrema importância a lei no Estado Democrático de Direito, não o reduzindo a um mero conceito de lei como assim o fizera no Estado de Direito Clássico, ou seja, conforme preconiza Afonso da Silva³⁰, “Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.”.

Dessa forma, de acordo com Gustavo Gonet Branco³¹, a Constituição deve conter o poder, em favor das liberdades, assegurando os direitos fundamentais do indivíduo inserido na sociedade.

1.2 Separação dos Poderes

1.2.1 Do Poder Político

Para melhor compreensão da separação dos poderes, deve-se entender o poder político que pode ser definido de acordo com Afonso da Silva³² como sendo “[...] uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins.”.

Nesse sentido, o Estado é composto por uma sociedade de diversos grupos sociais e indivíduos, sendo assim necessário o poder político/estatal para organizar as relações existentes na sociedade entre si, mantendo a ordem e o bem de todos³³.

Desta forma, pode-se caracterizar tal poder como a soberania do Estado, podendo ser entendido como uma independência em relação aos poderes externos à sociedade estatal e como supremacia em relação aos demais poderes da mesma sociedade estatal³⁴. Complementa Afonso da Silva³⁵ que o poder político é reconhecido pela sua unidade, indivisibilidade e indelegabilidade.

1.2.2 Do Governo e das funções do poder

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 121.

³⁰ Ibidem, p. 123.

³¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

³² SILVA, op. cit. p. 109.

³³ Ibidem, p. 109.

³⁴ Ibidem, p. 109.

³⁵ Ibidem, p. 109.

O Estado é uma estrutura social que se manifesta através de seus agentes que exercem atividade aos órgãos do Estado. Os órgãos podem ser supremos, ou seja, órgãos governamentais, que estão no encargo do exercício do poder político, ou podem ser órgãos dependentes, que estão encarregados da Administração Pública. Os primeiros são regidos pelo Direito Constitucional enquanto os segundos são objeto de Direito Administrativo³⁶.

O governo é o conjunto dos órgãos supremos encarregados das funções do poder político, que se desmembra nas funções legislativa, executiva e jurisdicional. A função legislativa compreende-se na edição de regras da ordem jurídica, isto é, as leis. Já a função executiva consiste em resolver os problemas concretos e individualizados, na forma da lei, podendo exercer a função de governo, quando se tratar de atribuições políticas e de decisão, e exercer a função administrativa, ao intervir, fomentar e oferecer serviço público. Por fim, a função jurisdicional aplica as leis aos casos concretos para que se solucione eventual conflito de interesse³⁷.

1.2.3 Da Separação dos Poderes

A separação de poderes como teoria ou princípio, para Sanchés Cunha³⁸, vem sendo importante fundamento para a teoria de governo. De acordo com o autor, “A avaliação da menor ou maior separação e autonomia entre os poderes, sua efetiva delimitação e estruturação nos permitirão descobrir a forma (também o avanço ou retrocesso) de determinado governo.”³⁹.

A formação da idéia da tripartição dos poderes⁴⁰ se dá diante da preocupação sobre a possibilidade de abuso de poder ou da concentração do poder em apenas uma mão. Nesse contexto, a necessidade da divisão das funções visava o enfraquecimento do poder monarca⁴².

Nesse sentido, a preocupação de Montesquieu se dava na consequência do

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 109.

³⁷ *Ibidem*, p. 110.

³⁸ CUNHA, Alexandre Sanches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 123.

³⁹ *Ibidem*, p. 123.

⁴⁰ SILVA, *op. cit.* p. 111.

⁴¹ O princípio da separação e poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu.

⁴² SILVA, *op. cit.* p. 123.

poder se concentrar na mão de um só titular, pois para o filósofo, o poder, ainda que seja bom, quando concentrado em um único titular, leva esse a praticar o abuso de poder. Assim, em nome da segurança da liberdade humana, o poder deveria ser controlado pelo próprio poder, ou seja, só o poder pode deter o poder⁴³.

A presente teoria encontrou base no pensamento liberal, tendo sido primeiramente positivada na Constituição Americana em 1787, influenciando diversas constituições, e, constituindo-se em um dogma para a Revolução Francesa, de forma que se estabeleceu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁴⁴ a obrigatoriedade da separação dos poderes nas constituições em prol da garantia dos Direitos do Homem⁴⁵.

A partir disso, apesar de termos Locke como o ponto de início da tripartição dos poderes, o grande difusor da ideia foi Montesquieu^{46 47}, que dividiu as funções estatais⁴⁸ em três órgãos distintos, quais sejam: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário; autônomos e independentes entre si, na qual cada um possuiria suas funções típicas e atípicas, buscando afastar o arbítrio de qualquer dos Poderes⁴⁹.

Para Montesquieu, assim como para Locke, a separação dos poderes possui como finalidade a garantia da liberdade do homem, sendo a liberdade o direito de

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 290.

⁴⁴ Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. FRANÇA, *Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 111.

⁴⁶ Em Platão tem-se uma primeira alusão à divisão de funções na sua *Pólis* perfeita, quando menciona os afazeres dos que devem proteger a cidade, dos que devem governá-la e daqueles que devem produzir e comerciar os bens. Com Aristóteles, vê-se mais nitidamente uma concepção da tripartição das funções de uma sociedade política, que pelo nome de “dos corpos deliberativos”, “dos magistrados” e “dos juizes”. Nada obstante, a doutrina atribui a paternidade intelectual e teórica do surgimento do princípio da separação dos poderes na modernidade constitucional a Locke e a Montesquieu.”

⁴⁷ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 33.

⁴⁸ Funções estabelecidas por Aristóteles: elaborar leis, aplicá-las e julgá-las.

⁴⁹ SILVA, op. cit. p. 111.

fazer o que a lei permite⁵⁰.

Ante tal pensamento, Sanchés Cunha⁵¹ destaca o pensamento de Montesquieu quanto ao juiz, como sendo um homem habilitado para a função de apenas identificar e falar a lei. Acrescentou ainda que para o filósofo, a separação dos poderes era caracterizada por uma efetiva e incondicional independência entre os poderes, porém, destaca o autor que, somada aos instrumentos de controle entre eles, concretiza uma limitação e não independência.

No mais, com base na perspectiva de Montesquieu, Bonavides⁵² demonstra que:

Se o poder legislativo estiver enlaçado com o poder executivo nas mãos de um único titular – o monarca ou órgão coletivo – não há liberdade, visto que aquele monarca ou órgão coletivo poderá fazer leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco haverá liberdade se o poder judiciário vier associado ao poder legislativo e ao poder executivo.

Na primeira hipótese – acrescenta Montesquieu – o poder judiciário somado ao poder legislativo num mesmo titular faz do juiz legislador, com poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos.

Na segunda hipótese – poder judiciário mais poder executivo – temos o juiz com a força de um opressor.

Cabe frisar a posição de Loewenstein, exposta por Sanchés Cunha⁵³, quanto à separação dos poderes, que a vê como forma de manifestar a necessidade da distribuição e do controle do poder político, sendo mais bem classificada como distribuição de funções do poder.

Posto isso, destaca Afonso da Silva⁵⁴ que, apesar de conexos entre si, não há em se confundir a distinção de funções do poder com a divisão do poder. Enquanto o primeiro estabelece as funções governamentais - Legislativo, Executivo e Jurisdicional, o segundo institui tais funções a diferentes órgãos, evitando assim a concentração de poderes.

Vale, contudo, apontar que na separação dos poderes, estes devem estar em harmonia um com o outro, mostrando-se conexos entre si, colaborando-se entre si.

⁵⁰ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 44.

⁵¹ CUNHA, Alexandre Sanches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 292.

⁵³ CUNHA, op. cit. p. 125.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 110.

Assim, conforme evidenciado por Sanchés Cunha⁵⁵:

[...] com a separação dos poderes, notamos que as várias funções do Estado estão distribuídas a diversos órgãos de soberania, sem que isso implique o exercício exclusivo de cada função por cada um destes órgãos.

Para Afonso da Silva⁵⁶, a divisão dos poderes está regulamentada na especialização funcional e na independência orgânica. A especialização funcional expressa que cada órgão é qualificado no exercício de uma função, ou seja, cada órgão é titular de competências privativas⁵⁷. Desta forma, conforme menciona Gonçalves Ferreira Filho⁵⁸, o Legislativo é competente para declarar as leis; o Executivo está a serviço das leis; o Judiciário é responsável por dirimir os conflitos que estão a alcance da lei e sua aplicação. Já a independência orgânica estabelece funções atípicas aos órgãos, além das funções típicas já estabelecidas à eles, visando reforço à independência de cada órgão, diante dos demais Poderes⁵⁹.

Hoje, com a extensão das funções do Estado, houve uma flexibilização na teoria da separação dos poderes de maneira que vem se referindo como colaboração de poderes no parlamentarismo, e criaram-se elementos como a independência orgânica e a harmonia entre poderes, no presidencialismo⁶⁰.

Posto isso, é possível observar os elementos do presidencialismo, sendo eles o da independência e da harmonia entre os poderes. Segundo Afonso da Silva⁶¹:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais;

⁵⁵ CUNHA, Alexandre Sanches. Teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 125.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 111.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175.

⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5.

⁵⁹ BARROSO, op. cit. p. 175.

⁶⁰ SILVA, op. cit. p. 111.

⁶¹ Ibidem, p. 112.

Discorre também da harmonia entre os poderes como sendo⁶²:

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

Acerca da separação dos poderes, é essencial que um poder não se sobressaia ao outro, sob o risco de colocar em xeque a democracia, ou seja, um poder deve travar o outro poder, para manter uma democracia segura e estável⁶³.

1.2.4 Do Sistema de Freios e Contrapesos

Bem assim, aplica-se o mecanismo dos freios e contrapesos, de tal forma que não haja subordinação entre os poderes, nem a usurpação de competências, mas haja uma colaboração recíproca, evitando excessos⁶⁴.

Nesse sentido, estabelece Montesquieu⁶⁵:

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder. Uma constituição poderá ser feita de tal forma que ninguém seja constrangido a praticar coisas a que a lei não o obrigue, e a não praticar aquelas que a lei lhe permite.

Em tal sentido, Sanchés Cunha exemplifica tal sistema⁶⁷:

[...] tomemos o Poder Legislativo. Sua função essencial é elaborar as leis. Deste modo, o Poder Executivo tem a possibilidade de sancionar ou de vetar essas leis. E, ainda, tem o Poder Judiciário a capacidade de dizer se a lei está em sintonia ou não com nossa Constituição.

O sistema de freios e contrapesos, então, surgiu a partir da Constituição norte-

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 112.

⁶³ CUNHA, Alexandre Sanches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

⁶⁴ José Afonso da Silva dispõe que a exceção ao princípio se dá quando há delegação de atribuições a outro poder. Tais exceções e limites são encontrados expressamente na Constituição.

⁶⁵ SILVA, op. cit. p. 112.

⁶⁶ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 44.

⁶⁷ CUNHA, op. cit. p. 127.

americana e, contemporaneamente, as democracias modernas vêm firmando a necessidade de controlar o abuso de poder, devendo este ser distribuído de maneira que o poder seja equilibrado e não se concentre apenas na mão de um ou poucos, garantindo assim, uma democracia segura e estável⁶⁸.

1.2.5 Da Separação dos Poderes no Estado Democrático de Direito

A democracia tem como premissa a participação dos indivíduos, cidadãos⁶⁹, no processo das decisões estatais e, conseqüentemente, no processo de construção do Estado e da sociedade⁷¹.

A partir do cenário acima mencionado, Carlos Martins Alves Júnior destaca o que Luiz Quadros Magalhães considera como objetivo da Constituição, que é a formação de estruturas democráticas, criando uma Constituição que sirva a sociedade e não somente o Estado.

Assim, conclui Carlos Martins Alves Júnior⁷²:

Daí que, no Estado Democrático de Direito, o referencial de poder é a vontade popular e o principal limite desse poder estatal é a Constituição. A Constituição, numa democracia, passa a ser o principal instrumento para a garantia das liberdades e da dignidade humana e a separação dos poderes um poderoso aliado na efetivação desses objetivos, seja com um executivo dinâmico, ou um legislativo sensível às demandas sociais ou um judiciário defensor da efetividade constitucional, por meio da jurisdição constitucional.

Nesse contexto, Benatti Galvão⁷³ expõe:

[...] a Separação dos Poderes implica(va) a defesa do raciocínio de evitar-se concentração e abuso do poder estatal, retrocedendo a um contexto arbitrário e contrário à proteção ou garantia da esfera jurídico-subjetiva do indivíduo diante do Estado. Priorizou-se a necessidade de distribuir as funções estatais a entes ou órgãos diferentes, autônomos e independentes entre si, havendo controle mínimo e recíproco, impedindo-se, no entanto, a descaracterização

⁶⁸ CUNHA, Alexandre Sánches. Teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

⁶⁹ “Cidadão é o que tem acesso aos mecanismos de participação das decisões que lhe digam respeito.”

⁷⁰ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 64.

⁷¹ *Ibidem*, p. 65.

⁷² *Ibidem*, p. 66.

⁷³ GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo Judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 89-98, semestral, 2015. p. 95.

das competências e funções típicas desempenhadas por cada um. Trata-se da dimensão garantística ou negativa de tal princípio estruturante do Estado de Direito, amparado no pensamento liberal de John Locke, aprimorado por Montesquieu, como tradicionalmente se analisa a temática.

A partir de tal percepção, as normas constitucionais de uma democracia devem sempre observar os aspectos da justiça e da dignidade da pessoa humana. Assim, a separação dos poderes volta-se a uma separação interdependente e harmônica dos poderes, nas quais os seus limites e restrições constarão na Constituição, garantindo a liberdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana⁷⁴.

1.3 A Separação de Poderes nas Constituições Republicanas Brasileiras

1.3.1 A Constituição de 1891

Com a proclamação da República no Brasil em 1889, houve o rompimento da estrutura monárquica que concentrava os poderes na mão do Imperador. Ante tal transição, para Sanchés Cunha⁷⁵, a forma republicana instaurada no Brasil, seja ela advinda de uma revolução ou de um golpe, como foi o caso do Brasil, uma vez que não houve participação popular, acarretou uma descentralização dos poderes e na rejeição dos institutos presentes na monarquia.

Nesta seara, Marechal Deodoro da Fonseca, ao assumir o Governo Provisório, se voltou à influência norte-americana, abrindo as portas para a filosofia positivista, propagando a separação entre o Estado e a Igreja, idealizando oportunidade de trabalho e educação para o povo e visando o fim dos privilégios garantidos aos nobres⁷⁶.

Ademais, para Afonso da Silva⁷⁷, o Brasil, na elaboração da Constituição em 1891, adotou a República Federativa como forma de governo, formando uma união perpétua e indissolúvel dos Estados, ou seja, optou-se pelo sistema federativo; adotou-se o presidencialismo, também na forma norte-americana, equilibrando os

⁷⁴ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 66.

⁷⁵ CUNHA, Alexandre Sánches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82.

⁷⁶ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 99.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 80.

poderes nos freios e contrapesos; garantiu uma duração razoável à Constituição e proclamou as liberdades democráticas.

A partir do cenário acima mencionado, aderiu-se ao sistema tripartido de Montesquieu, dividindo o poder do Estado entre os órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, órgãos de soberania nacional, harmônicos e independentes entre si. Afonso da Silva também ressalta a firmação da autonomia dos Estados para competências remanescentes, e a autonomia municipal⁷⁸.

Outrossim, menciona Gustavo Gonet Branco⁷⁹ dos poderes e da autonomia que a Constituição de 1891 concedeu ao Judiciário, assegurando a este independência do Executivo pelos atos dos magistrados, e atribuindo mais poderes ao Supremo Tribunal Federal (STF), no que tange a proteção da Constituição.

A presente Constituição, portanto, formulada pelo Governo Provisório, positivou dois valores essenciais ao sistema democrático que surgiu para derrubar a monarquia antes instaurada: a república e o federalismo. Para Carlos Martins Alves Júnior⁸⁰, a Constituição de 1891 consagrou os princípios supremos do sistema.

No que tange aos direitos fundamentais, a Constituição manteve as garantias já existentes do regime imperial e corroborou com o fim dos privilégios dos nobres, reforçando a igualdade; seguia o modelo liberal de proteção ao indivíduo e da propriedade e deixou em aberto para que direitos e garantias advindos da forma de governo e dos princípios constitucionais também pudessem ser exercidos, e não somente aqueles que se encontravam consagrados no Texto⁸¹.

Entretanto, devido a forte influência norte-americana, o Texto constitucional carecia de vínculo com a realidade brasileira, não obtendo eficácia social, uma vez que não fora possível cumprir com as normas previstas⁸².

Dessa forma, menciona Carlos Martins Alves Júnior⁸³:

[...] um sistema jurídico-político não pode ser transplantado de uma sociedade para outra sem as necessárias acomodações ou aclimações e que os frutos de certas sementes muitas vezes são

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 81.

⁷⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 99.

⁸⁰ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 134.

⁸¹ Ibidem, p. 136.

⁸² SILVA, op. cit.. p. 81.

⁸³ ALVES JUNIOR, op. cit.. p. 139.

distintos quando lançados em solos tão diferentes, como fora o caso da experiência federativa e republicana dos Estados Unidos em relação a nossa realidade nos fins do Século 19.

Com isso, iniciou-se um conflito entre os poderes, principalmente no Executivo, causando grandes movimentações sociais, o que acarretou uma guerra civil que, ao final, instalou a oligarquia no poder, reduzindo o poder central e ampliando os poderes regionais e locais, pois conforme destaca Afonso da Silva⁸⁴, “O governo federal não seria capaz de sustentar-se, se não se escorasse nos poderes estaduais.”.

Surge então o Coronelismo, uma forma de manter os governadores no poder. Segundo Afonso da Silva⁸⁵:

O coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com teoria de divisão de poderes e tudo. A relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente.

Assim, para garantir a estabilidade das oligarquias no poder, a interpretação do presidencialismo afasta a figura dos partidos e aproxima-se da chamada “política dos Governadores”, perdurando a presente situação durante a Primeira República e, provocando também a causa de sua queda⁸⁶.

1.3.2 A Constituição de 1934

Visando melhorar a república, o renomado jurista Rui Barbosa, em 1926, propõe uma emenda constitucional⁸⁷⁸⁸, que à época não era de vontade do regime

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 82.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 82.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 82.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 82.

⁸⁸ Cabe ressaltar que a Emenda Constitucional de 1926 não afastou a luta contra o regime oligárquico dominante, muito menos a adequou à realidade vivida à época, conforme destaca o autor José Afonso da Silva.

político, uma vez que o Estado de Minas Gerais e o do São Paulo alternavam o poder, a chamada “República do café com leite”⁸⁹.

Assim, diante das crises da República Velha, que se faziam cada vez mais frequentes⁹⁰, e, destaca ainda Afonso da Silva⁹¹, o baixo desenvolvimento econômico do país, houve um enfraquecimento do coronelismo, e, com a posse pela junta militar, em 1930, de Getúlio Vargas como Presidente da República, houveram mudanças radicais quanto à política, à economia e à sociedade brasileira, conforme pontua Alexandre Cunha⁹².

Sob forte influência da Constituição de Weimar de 1919, a presente Constituição preocupava-se com um Estado com maior participação na ordem econômica e social do país⁹³.

Tais mudanças diminuíram o poder dos coronéis e, conseqüentemente, aumentaram a participação dos diversos segmentos da sociedade brasileira, para melhor atender seus interesses⁹⁴.

Com a referida revolução, houve a implementação de leis centralizadoras do poder político, reduzindo a autonomia que os Estados da Federação possuíam. Buscou pela proteção dos trabalhadores, deu poder às Forças Armadas e, impulsionou uma revolução industrial⁹⁵.

Assim, conforme salienta Sanchés Cunha⁹⁶, entre tanta inquietação social e política em que se encontrava a então chamada “Segunda República”, Getúlio Vargas promulgou a Constituição de 1934, um texto demasiadamente extenso, que visava incorporar as idéias advindas dos movimentos políticos-sociais existentes à época, buscando inovar no campo social e no campo industrial.

Em análise à Constituição de 1934, Afonso da Silva⁹⁷ ressalta a permanência dos princípios fundamentais da Constituição de 1891, como a república, a federação, a tripartição dos poderes, o presidencialismo e o sistema representativo.

⁸⁹ CUNHA, Alexandre Sanches. Teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 82.

⁹⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 100.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 83.

⁹² CUNHA, op. cit. p. 82.

⁹³ MENDES, op. cit. p. 100.

⁹⁴ CUNHA, op. cit. p. 83.

⁹⁵ Ibidem, p. 83.

⁹⁶ Ibidem, p. 83.

⁹⁷ SILVA, op. cit. p. 83.

Destacou também a ampliação dos poderes da União e dos Estados e disposição sobre tais; ampliou o poder do Executivo; acabou com o bicameralismo no Legislativo, dando ao Senado Federal o status de órgão colaborador da Câmara dos Deputados, entre outros acréscimos à Constituição.

No que pese direitos e garantias individuais, manteve integralmente o que foi consagrado pela Constituição de 1891, e inovou ao dispor com normas programáticas sobre direitos sociais, no que tange a ordem econômica e social, sobre a família, a educação e a cultura⁹⁸. Seu diferencial estava em atender as necessidades da sociedade que foi um dos principais motivos de agitação social ocorridos anteriormente⁹⁹.

Nesse contexto, o Estado passa a participar ativamente na ordem econômica e social, dando início a um modelo de dirigismo econômico, substituindo a autonomia da vontade e o livre contratualismo¹⁰⁰.

A partir de tal percepção, percebe-se que a Constituição de 1934 ainda possuía raiz no constitucionalismo liberal da Constituição de 1891, porém, recebeu inspiração do constitucionalismo social, apresentando novos fundamentos e concepções conflitantes com o liberalismo e individualismo¹⁰¹.

Nesse sentido, expõe Carlos Martins Alves Júnior¹⁰²:

A Constituição de 1934 caracteriza-se sobretudo pela extensão considerável do seu texto, encerrando não poucos dispositivos que melhor se enquadrariam na legislação ordinária. Tem, entretanto, o incontestável mérito de haver dirimido varias controvérsias, que nunca encontraram conveniente solução durante a vigência da Constituição de 1891, e procurado, de um lado, extirpar abusos inveterados nos nossos costumes políticos e, de outro lado, atender a algumas das nossas mais prementes necessidades.

Dessa forma, complementa Sanchés Cunha¹⁰³ que a Constituição em comento inovou no aspecto constitucional brasileiro ao criar o Ministério Público, e atribuir ao Senado Federal a possibilidade de suspender leis ou atos normativos

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 84.

⁹⁹ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 205.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 244.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 245.

¹⁰² *Ibidem*, p. 204.

¹⁰³ CUNHA, Alexandre Sanches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83.

declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Ademais, criou as cláusulas sociais que permanece presente até hoje no ordenamento constitucional. Entretanto, diante das expectativas de Getúlio Vargas e dos regimes totalitários que invadiam o continente europeu, tal Constituição perdurou por pouco tempo.

1.3.3 A Constituição de 1937

Sobre forte influência do totalitarismo na Europa, Getúlio Vargas promoveu um golpe de Estado, chamado de “Estado Novo”, no qual dissolveu a Câmara e o Senado, revogou a Constituição de 1934 e promulgou a Constituição autoritária de 1937 que o tornou ditador absoluto e irresponsável¹⁰⁴ por suas medidas políticas¹⁰⁵.

Em tal aspecto, o golpe foi justificado ao povo brasileiro como sendo necessário à proteção do Estado, que necessitava de um reforço do poder central para se proteger das novas formações partidárias fundamentadas no comunismo que se espalhavam pelo Brasil e pelo mundo¹⁰⁶.

Neste cenário, Carlos Martins Alves Júnior¹⁰⁷ pontua a instabilidade do regime anterior e a necessidade de uma garantia quanto a ordem e a segurança do país como motivos para justificar as arbitrariedades do poder.

Assim, salienta Carlos Martins Alves Júnior¹⁰⁸ que a referida Constituição não chegou a ser devidamente aplicada, de forma que serviu para uso livre de Getúlio Vargas, atendendo apenas seus objetivos políticos e pessoais, funcionando assim como mecanismo de legitimação do arbítrio.

Segundo Sanchés Cunha¹⁰⁹, tratava-se de uma Carta com natureza nacionalista, que versava sobre as atividades e fontes de riquezas, e também sobre indivíduos, entretanto, foi implantada pelo regime autoritário, e por isso não foi possível obter nenhum benefício desse Texto constitucional.

Não obstante, a Carta manteve o modelo social trazido pela Constituição de 1934 e, apesar da liberdade e dos direitos individuais terem sofrido restrição, os

¹⁰⁴ Isto é, nenhum órgão poderia contestá-lo.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.100.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 84.

¹⁰⁷ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 250.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 256.

¹⁰⁹ CUNHA, Alexandre Sanches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83.

direitos sociais foram modificados tornando os cidadãos clientes do Estado que se comprometia a atender as necessidades do indivíduo¹¹⁰.

Sucessivamente, Cunha¹¹¹ observa que o Poder Executivo, sendo autoridade soberana do Estado, se tornou responsável pelo governo, acabando com a tripartição dos poderes no cenário nacional.

Acrescenta Afonso da Silva¹¹²:

[...] Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

Importante ressaltar que o Brasil participou da Segunda Guerra contra as ditaduras nazifascistas, estando em contradição, uma vez que se vivia uma verdadeira ditadura no Brasil¹¹³.

1.3.4 A Constituição de 1946

Com o término da Segunda Guerra, crescia o descontentamento da população brasileira diante do regime autoritário que vivia o Brasil, o que acarretou na destituição de Getúlio Vargas e a instauração da Assembléia Constituinte, que buscava uma redemocratização do Brasil, e, em 1945 houve a primeira eleição devidamente representada pela sociedade brasileira¹¹⁴.

Diante deste cenário, conforme destaca Sanchés Cunha¹¹⁵:

Nasceu, então, a mais democrática de todas as Constituições brasileiras, a de 1946. Trata-se de uma Constituição tecnicamente superior a todas que haviam vigorado no Brasil, recuperando o equilíbrio desejável da relação entre os poderes. Revelou-se, então, numa Carta repleta de princípios democráticos e sociais.

¹¹⁰ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 262.

¹¹¹ CUNHA, Alexandre Sánches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84.

¹¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 84.

¹¹³ *Ibidem*, p. 84.

¹¹⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.101.

¹¹⁵ CUNHA, op. cit. p. 84.

Trata-se de uma Constituição com forte influência no modelo de democracia liberal, trazendo de volta os direitos e garantias individuais que foram restringidos pela Constituição de 1937. Além disso, mantém as conquistas sociais da Constituição de 1934. Cumpre dizer também que restabeleceu e fortaleceu o modelo federativo, aumentando a autonomia dos Estados e Municípios¹¹⁶.

Visava reinstalar a democracia que lhe foi retirada diante do Estado autoritário vivenciado anteriormente, destacando os direitos fundamentais da sociedade e a liberdade política dos cidadãos¹¹⁷.

Apesar de cumprir seu papel de redemocratização, a Constituição de 1946 não foi capaz de controlar a instabilidade econômica, política e social que se instalava no Brasil, e em 1964 surgiu um novo golpe de Estado, dessa vez comandado pelos Militares.

Nesse contexto, em 1967, foi aprovada uma nova Constituição sem participação popular no processo de elaboração que, segundo Sanchés Cunha ¹¹⁸, “[...] concentrou os poderes nas mãos do Chefe do Executivo, possibilitando-lhe governar por meio de decretos-leis, e legitimou arbitrariedades.”.

Ressalta Afonso da Silva¹¹⁹ que a nova Constituição:

Reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e de garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937. Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores.

Além disso, com as rebeliões sociais ocorrendo na Europa e no Brasil no ano de 1968, os militares que estavam no comando reprimiram qualquer possibilidade de oposição, e concedeu poderes ao Presidente para dispor sobre o recesso do Legislativo, sobre a cassação de mandatos e a remoção de cargos¹²⁰.

¹¹⁶ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 274.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.101.

¹¹⁸ CUNHA, Alexandre Sánches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 89.

¹²⁰ CUNHA, op. cit. p. 85.

O modelo estatizante e centralizador no regime militar foi concretizado e perpetuou com mais força ainda diante do afastamento do então Presidente Costa e Silva¹²¹.

1.3.5 Constituição de 1988

A partir de 1980, conforme preconiza o autor Sanchés Cunha¹²², houve a conscientização da necessidade de uma redemocratização, visando o reequilíbrio da vida nacional. Acrescenta Carlos Martins Alves Júnior¹²³ que o estopim das manifestações sociais ocorreu em 1983, com o objetivo de acabar com o regime militar. Foi perante tamanho otimismo e esperança, conforme menciona Manoel Gonçalves¹²⁴, que o povo tomou as ruas do país, visando não só uma nova ordem democrática, mas como uma solução para os problemas vivenciados pela sociedade¹²⁵.

Diante do retrato mencionado, em 1988, dá-se seguimento ao programa construído pela força democrática, e, através da Assembleia Nacional Constituinte, é promulgada a atual Constituição democrática¹²⁶.

Conforme ressalta Sanchés Cunha¹²⁷ :

Este diploma se revela num autêntico “espelho” da sociedade brasileira, pois traz no seu texto os anseios de todas as pressões e reivindicações dos diferentes grupos sociais, econômicos, filosóficos e políticos existentes no país (contrários entre si).

Em tal cenário, Afonso da Silva expõe¹²⁸:

Deve-se, no entanto, reconhecer que a Constituição por ele produzida constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, cm inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a

¹²¹ CUNHA, Alexandre Sánches. Teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 85.

¹²² Ibidem, p. 85.

¹²³ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 370.

¹²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 129.

¹²⁵ Ibidem, p. 129.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 91.

¹²⁷ CUNHA, op. cit. p. 85.

¹²⁸ SILVA, op. cit. p. 91.

Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

Dessa forma, destaca-se a expressão de Ulysses Guimarães, que se refere à Constituição de 1988 como sendo a Constituição Cidadã, devido a participação popular na sua elaboração, e ainda devido a plena realização da cidadania, sendo o povo o principal foco do novo ordenamento jurídico.¹²⁹

Acrescenta Carlos Martins Alves Júnior¹³⁰ que houve a participação de diversos segmentos da sociedade em busca da defesa de seus interesses, e a sociedade podia participar dos debates e das propostas.

Importante observar se tratar de um Texto constitucional gerador de muita polêmica devido à forma em que foi criado, pois, para alguns, como surgiu de uma reação ao regime autoritário e por ter sido criado por poderes constituídos, não se rompeu completamente do regime autoritário anterior à ele. Para Sanchés Cunha¹³¹, o maior desafio que a Constituição enfrenta desde sua promulgação é a sua adequação à realidade social, política, econômica, social, histórica e cultural brasileira, afastando a existência do formalismo puro.

Nesse sentido, para Gonçalves Ferreira Filho¹³², na Constituição de 1988, “Benefícios, direitos, justos em tese, mas certamente fora dos meios do Estado brasileiro, quiçá da sociedade brasileira no seu estágio de desenvolvimento, eram generosamente distribuídos.”. Tal realidade colidia diretamente com a realidade econômica do Brasil.

No mais, afastou-se a filosofia positivista e passou-se a reconhecer a hierarquia e a força normativa da Constituição, além de reconhecer novas fontes e métodos para sua interpretação¹³³.

À vista disso, a Constituição Brasileira de 1988, sendo soberana aos demais instrumentos normativos, regulamenta quanto à formação do Estado de Direito e os aspectos do Estado em geral; possibilita a concretização de direitos sociais, fundamentados na dignidade da pessoa humana; dispõe sobre a abertura à

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 92.

¹³⁰ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 372.

¹³¹ SILVA, op. cit. p. 91.

¹³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 130.

¹³³ CUNHA, Alexandre Sanches. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 85.

mudanças políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira procura, fortificando o direito positivo previsto na Constituição, e acarretando transformações sociais democráticas¹³⁴.

Consequentemente, a Constituição adotou o conceito Estado Democrático de Direito conforme preconiza o seu art. 1º¹³⁵. Segundo a concepção de Alves Júnior¹³⁶, a Constituição de 1988 cuida de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que passou pelo constitucionalismo do modelo liberal e do modelo social. Visa um Estado que atenda aos anseios da sociedade e que propague a cidadania e a dignidade da pessoa humana, mas que não interfira no que seja de ordem privada, no que pese a autonomia da pessoa, e sim em uma intervenção visando à coletividade e a dignidade de todos¹³⁷.

Ademais, a tripartição dos poderes é um princípio fundamental previsto no art. 2º da Constituição, que dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

Entretanto, a separação de poderes no Brasil, seria mais uma separação de funções, uma vez que todos os Poderes encontram-se abaixo da Constituição, tendo como premissa maior, dar efetividade as normas constitucionais¹³⁸.

No mais, segundo Afonso da Silva¹³⁹:

O constituinte fez uma opção muito clara por uma Constituição abrangente. Rejeitou a chamada constituição sintética, que é *constituição negativa*, porque construtora apenas de liberdade-

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 114.

¹³⁵ 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. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹³⁶ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 433.

¹³⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.102.

¹³⁸ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas Públicas e Ativismo Judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 209-216, semestral, 2015. p. 211.

¹³⁹ SILVA, op. cit. p. 8.

negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de *constituição-garantia* (ou constituição-quadro). A *função garantia* não só foi preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limite. Assumiu ela a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social democrática, imperfeita, reconheça-se. Por isso, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com a garantia das conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, nem sempre mantém uma linha de coerência doutrinária firme. Abre-se, porém, para transformações futuras, tanto seja cumprido. E aí está o drama de toda constituição dinâmica: *ser cumprida*.

Posto isso, a partir da concepção de Alves Júnior¹⁴⁰, a Constituição de 1988 ainda não se tornou norma efetiva e plena, tendo em vista se tratar de um ordenamento dependente tanto do Estado, o detentor do poder, quanto do povo, o seu destinatário, no que tange a consolidação da constitucionalidade e do respeito às normas constitucionais, principalmente quanto às de cunho programático - especialmente no que tange às normas que cuidam de direitos sociais, dirigidas a problemas como as desigualdades e a dignidade da pessoa humana -, que buscam dirimir as injustiças sociais ainda presentes no Brasil.

Conforme destaca Carlos Martins Alves Júnior¹⁴¹:

[...] uma harmoniosa convivência social com a promoção integral da dignidade da pessoa humana, de modo que a segurança existencial e afetiva de tantos quantos estejam sob o pálio do nosso ordenamento seja viabilizado, da melhor maneira possível.

Assim, para a plena eficácia da Constituição, é necessária a participação dos Poderes, em especial o protetor do nosso ordenamento jurídico, o STF, e da participação do povo, o maior interessado em ter uma Constituição plenamente eficaz, possibilitando assim, a concretização dos direitos constitucionais¹⁴².

¹⁴⁰ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 447.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 447.

¹⁴² *Ibidem*, p. 447.

2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Teoria dos Princípios

A partir da concepção de Bonavides¹⁴³, os princípios existem e carregam conceitos considerados verdades, que são premissas de todo um ordenamento jurídico, como o próprio nome princípio exprime. Dessa forma, os princípios possuem um elevado grau hierárquico como fontes de Direito.

Para o Direito Positivo, os princípios podem servir de inspiração às leis e normas presentes no ordenamento, ou podem ser normas desse ordenamento, isto é, os princípios podem ser utilizados como orientações para o sistema jurídico, ou podem exprimir ordens gerais e fundamentais para a manutenção do ordenamento jurídico¹⁴⁴.

Em tal sentido, para Afonso da Silva¹⁴⁵, os princípios podem desempenhar o papel basilar das normas jurídicas ao incidir valores éticos, e podem ser constitucionalizados como normas-princípios, tornando-se paradigmas essenciais da organização constitucional.

Posto isso, importante destacar a normatividade dos princípios que, ao serem considerados como normas, ou seja, disposições legais, carregam consigo um elevado grau de generalidade que devem ser concretizados mediante interpretação aplicável ao caso concreto¹⁴⁶.

Devido a tal generalidade e indeterminação, as normas-princípios são utilizadas para se referir as normas que possuem caráter programático. Por isso, os princípios gerais do Direito possuem atribuições importantes e primordiais para o sistema jurídico¹⁴⁷.

A partir da disposição acerca dos princípios gerais, conforme preconiza Bonavides¹⁴⁸, “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 261.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 262.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 96.

¹⁴⁶ BONAVIDES, *op. cit.* p. 262.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 263.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.263

Portanto, uma vez constitucionalizados, os princípios passam a vincular as regras, não somente as normas programáticas, mas o texto constitucional como um todo, solucionando questões jurídicas consideradas mais complexas para o sistema de normas¹⁴⁹.

Do ponto de vista jusnaturalista, os princípios são normas abstratas, de normatividade muito baixa e incerta; subentendia-se a idéia de justiça, valor ético-moral. Depreende dessa corrente, os princípios gerais de Direito como sendo disposições legais universais, que visam sempre a justiça e um Direito ideal. Trata-se da unção de leis divinas e humanas que formam verdades práticas, real. Dessa forma, não há normas-princípio no ordenamento jurídico, não sendo capaz de suprir lacunas de lei, devendo sempre valer-se do Direito Natural¹⁵⁰.

Em contrapartida, para a corrente juspositivista, os princípios passam a fazer parte do ordenamento jurídico como fonte normativa subsidiária, suprimindo as lacunas normativas. No entanto, conforme destaca Bobbio¹⁵¹:

[...] o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica.

Para o autor acima mencionado ¹⁵², os princípios gerais são normais fundamentais e gerais, sendo norma como qualquer outra norma presente do ordenamento jurídico. Acresce ainda que a finalidade do princípio é a mesma que qualquer norma expressa: regular um comportamento, um caso concreto, devendo então ser considerado norma¹⁵³.

Por fim, a corrente pós-positivista considera os princípios como base normativa das novas ordens constitucionais. Dessa forma, as novas Constituições promulgadas ao final do século XX, destacavam a supremacia dos princípios que serviam como pilares do ordenamento jurídico que se formava¹⁵⁴.

¹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 264.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 268.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. apud. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 268.

¹⁵² BONAVIDES, op. cit. p. 268.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 269.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 269.

Para Roberto Barroso¹⁵⁵, a Constituição, na doutrina pós-positivista, era interpretada além da legalidade estrita, isto é, a partir de uma leitura moral, reconhecendo a normatividade dos princípios e distinguindo sua qualificação em relação às regras. Nesse sentido, houve uma reaproximação do Direito e da ética.

No que diz respeito à normatividade dos princípios, tal consideração recebeu críticas, sobretudo por Dworkin. Nesse sentido, o jurista trata do princípio como sendo direito, isto é, reconhece que princípios também são passíveis de imposições legais assim como qualquer outra regra estabelecida positivamente no ordenamento jurídico¹⁵⁶.

A partir do cenário pós-positivista acima mencionado, iniciou-se uma reflexão acerca da normatividade dos princípios. Diversos foram os juristas que contribuíram para a concepção normativa dos princípios e a distinção destes para com as regras¹⁵⁷.

Com isso, Esser considera que os princípios atuam com força normativa¹⁵⁸, isto é, os princípios sendo normas que fundamentam determinados mandamentos. Dessa forma, o critério de distinção entre os princípios e as regras diz respeito à função de base normativa para a tomada de decisões¹⁵⁹.

No mesmo sentido, Larenz trata dos princípios como normas de notável relevância, servindo como normas de comportamento, uma vez que são utilizados como fundamentos normativos para a interpretação e para a aplicação do Direito¹⁶⁰. Para Larenz, os princípios podem assumir um papel norteador dos ideais jurídicos, sendo concretizado por meio de leis e jurisprudência, ou podem se tornar regra jurídica com aplicação imediata¹⁶¹.

No mais, para Canaris, os princípios necessitariam de regras para que fossem concretizados e, diferentemente das regras, os princípios alcançariam seu conteúdo de sentido através de um processo argumentativo de complementação e

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 24-47, semestral, 2015. p. 30.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 271.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004. p. 26.

¹⁵⁸ BONAVIDES, op. cit. p. 277.

¹⁵⁹ ÁVILA, op. cit. p. 27.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 27.

¹⁶¹ BONAVIDES, op. cit. p. 277.

limitação¹⁶².

Diante do curso evolutivo, solidificou-se na teoria do Direito o entendimento de que as normas jurídicas podem ser classificadas como regras e como princípios, tendo em vista que ambas descrevem um dever ser, determinando, permitindo ou proibindo determinado comportamento¹⁶³. A distinção qualitativa entre as duas categorias de normas jurídicas e o peso normativo dado aos princípios é essencial, principalmente no que pese as normas constitucionais, pois são os princípios constitucionais os responsáveis por transformarem os valores do plano ético ao mundo jurídico¹⁶⁴.

Nesse sentido, os princípios passaram a influenciar todo o ordenamento jurídico, interpretando e aplicando as normas jurídicas e possibilitando uma compreensão moral do Direito, uma vez que se encontravam no centro do sistema jurídico, e não mais como fonte secundária e subsidiária do Direito¹⁶⁵.

Na opinião de Gustavo Gonet Branco¹⁶⁶, os princípios possuem um teor mais aberto que as regras, se distinguindo desta com base no grau de determinabilidade dos casos concretos para aplicação da norma, uma vez que os princípios necessitam da participação do intérprete para sua concretização, enquanto as regras são normas de aplicação imediata.

Sob a perspectiva de Roberto Barroso¹⁶⁷, o conteúdo da regra se diferencia do princípio, tomando os princípios como decisões valorativas devido seu peso ético, voltando-se a direitos e interesses tanto individuais quanto coletivos, enquanto as regras exprimem preceitos objetivos que podem ser de permissão ou proibição. Destaca-se, dessa forma, que as regras¹⁶⁸:

[...] não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização destes, de acordo com a vontade do constituinte ou do legislador, que não transferiram ao intérprete – como no caso dos princípios – a avaliação das condutas aptas a realiza-los.

¹⁶² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004. p. 28.

¹⁶³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 204.

¹⁶⁶ MENDES, *op. cit.* p. 72.

¹⁶⁷ BARROSO, *op. cit.* p. 206.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 206.

Ademais, em relação à estrutura normativa, para Roberto Barroso¹⁶⁹, os princípios buscam estados ideais sem que sua norma descreva objetivamente a conduta a ser realizada para esse fim, havendo diversos meios para tanto. Já as regras descrevem a conduta de forma que o intérprete identifique suas hipóteses de aplicação. Portanto, em geral, os princípios seriam normas finalísticas e as regras normas descritivas.

No mais, quanto ao modo de aplicação, Roberto Barroso¹⁷⁰ demonstra as regras como sendo tudo ou nada, de forma que, caso a conduta descrita pela regra ocorra, deve ela produzir seu efeito previsto, só deixando de ser aplicada, caso outra regra a excepcionar ou caso ela seja inválida. No que se refere aos princípios, por serem eles indicadores de valores, ocorrem eventuais colisões entre eles, quando há indicações de direções diversas¹⁷¹, devendo o intérprete exercer a ponderação dos princípios com as fatos relevantes no caso concreto, uma vez que por serem os princípios iguais hierarquicamente, a prevalência de um sobre o outro deve ser concreta.

Nesse contexto, o estudo de Dworkin foi importante ao diferenciar princípios de regras quanto à sua estrutura lógica, uma vez que os princípios, diferentemente das regras, dispõem de uma dimensão de peso/valor. Assim, as regras, para Dworkin, são “*funcionalmente* importantes ou desimportantes”¹⁷², podendo ser aplicadas ou não aplicadas (all or nothing), isto é, elas podem preencher ou não preencher a hipótese de incidência, sendo a regra válida ou não válida, e, em caso de colisão entre regras, uma regra sempre será considerada inválida, não contribuindo para a decisão¹⁷³.

Já os princípios não determinam plenamente a decisão, ou seja, não são conclusivos a decisão, de forma que somente fundamentam tal decisão,

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 208.

¹⁷¹ Barroso exemplifica “[...] a livre iniciativa por vezes se choca com a proteção do consumidor; o desenvolvimento nacional nem sempre se harmoniza com a preservação do meio ambiente; a liberdade de expressão frequentemente interfere com o direito de privacidade.”

¹⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 39.

necessitando assim de mais fundamentos advindos de mais princípios¹⁷⁴. Ademais, na possibilidade de colisão entre princípios, há um confronto de pesos de maneira que o princípio com maior peso na determinada situação em concreto, se sobrepõe ao outro princípio, de maneira que este não deixe de ter validade¹⁷⁵.

Nesse sentido, conforme aduz Alexy¹⁷⁶, em caso de colisão entre os princípios, fixa-se a função de ponderação entre eles, que estabelece a prevalência de um princípio em relação ao outro de acordo com o caso em concreto.

Segundo Alexy¹⁷⁷:

Daí a definição de princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a esses se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

Nesse sentido, destaca Gustavo Gonet Branco¹⁷⁸ acerca dos princípios como comandos de otimização definidos por Alexy, sobre a possibilidade jurídica e possibilidade real para o cumprimento do conteúdo dos princípios, devendo os princípios sempre observar os outros princípios e regras em oposição e, considerarem a realidade fática sobre qual incidirão.

Para Dworkin¹⁷⁹, o termo princípio é:

[...] um padrão que deve ser observado, não porque vai promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

A partir de tais reflexões, Ávila¹⁸⁰ entende os princípios como normas imediatas e finalísticas, pois determinam um fim a ser alcançado. Acrescenta ainda que “[...] a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos

¹⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004. p. 28.

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.

¹⁷⁶ ÁVILA, op. cit. p. 29.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 29.

¹⁷⁸ MENDES, op. cit. p. 74.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 38.

¹⁸⁰ ÁVILA, op. cit. p. 70.

comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.”.

Nesse sentido, diz Bonavides¹⁸¹ :

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa evidência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Ante tal consideração, importante salientar que para as Constituições pós-positivistas, os princípios são essenciais para seus sistemas jurídicos constitucionais, pois são eles responsáveis pela unidade de sentido e o aumento valorativo da ordem normativa¹⁸².

No que tange a normatividade, os princípios, por possuírem valores essenciais para o ordenamento jurídico e constitucional, apresentam uma dimensão valorativa, podendo ser maior ou menor de acordo com o que a doutrina consagra juntamente com o que a jurisprudência admite¹⁸³.

No que se refere a jurisprudência, os princípios vêm obtendo força e normatividade, principalmente diante do novo Estado de Direito que está respaldado na materialidade e superioridade dos princípios, fundamentando as interpretações feitas pelos tribunais e a juridicidade da ordem constitucional¹⁸⁴.

Doravante, em escala normativa, são os princípios as normas supremas do ordenamento jurídico. De acordo com Bonavides¹⁸⁵, “[...] os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação do mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional [...]”.

É a partir daí que a Constituição passa a expressar uma ordem objetiva de valores, tornando a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade a base de uma ordem política e social¹⁸⁶.

¹⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 292.

¹⁸² *Ibidem*, p. 294.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 295.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 295.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 296.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 296.

Destarte, acrescenta Bonavides ¹⁸⁷ que com a constitucionalização dos princípios, estes passam a desempenhar o papel de princípios gerais do Direito, havendo uma unificação entre os princípios constitucionais e os princípios gerais de Direito.

Posto isso, com a positivação dos princípios na esfera constitucional, as normas jurídicas passam a ser guiadas e fundamentadas por eles, que são o apoio de legitimidade do sistema jurídico. Tal supremacia se materializou com a jurisprudência exercida pelos tribunais constitucionais que cada vez mais inovam no que tange a preponderação dos princípios¹⁸⁸.

A partir do evidenciado, é possível enxergar a força normativa da Constituição, devido seu conteúdo organizacional do Estado, e por sua característica formal, formada por um conjunto de normas regras e normas princípios constitucionalizados, além de sua supremacia hierárquica em relação aos demais dispositivos legais¹⁸⁹.

2.2. Ativismo Judicial

Diante do modelo de separação dos poderes utilizado para repartir competências entre os órgãos estatais, conforme já anteriormente mencionado, e ante o sistema de freios e contrapesos adotado pelo sistema de modo que as funções exercidas por uma esfera do Poder não usurpe a competência de outro Poder, o Judiciário se faz instrumento para a defesa da Constituição, sempre defendendo os valores sociais e políticos nela inserido¹⁹⁰.

Importante destacar que, por ser a Constituição de 1988 de cunho programático, há uma grande demanda do cidadão brasileiro por justiça, o que acarreta em uma ascensão do Poder Judiciário, uma vez que os juízes e tribunais

¹⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 297.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 297.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 563.

passam a desempenhar um papel importante na efetivação dos direitos constitucionais da sociedade brasileira¹⁹¹.

Diante do retrato, de acordo com Roberto Barroso¹⁹², determinadas decisões de cunho político ou social que deveriam ser decididas pelo Executivo e pelo Legislativo, foram transferidas para os juízes e tribunais, acarretando, assim, na judicialização.

Como uma das causas para ocorrência da judicialização, temos a *redemocratização* que, através da Constituição de 1988, transformou o Poder Judiciário em um poder apto a efetivar as leis e a Constituição, mesmo que esteja em confronto com os demais Poderes, fortalecendo assim, o seu poder. E, diante da democracia instaurada, os cidadãos tomaram conhecimento dos seus direitos e começaram a demandar seus interesses frente ao judiciário¹⁹³.

Outra ocorrência foi a *constitucionalização abrangente* da Constituição de 1988. Deve-se observar que toda norma constitucionalizada, se transforma em possível pretensão jurídica protegida pela própria Constituição¹⁹⁴.

Ocorre que a constitucionalização de matérias significa retirá-las do debate político, isto é, do debate legislativo, causando assim um engessamento das leis ordinárias. Além disso, a constitucionalização exacerbada de normas traz como consequência negativa o decisionismo, uma vez que potencializa normas constitucionais abertas¹⁹⁵.

No mais, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, adota o sistema americano e o europeu. Por isso, o controle pode ser incidental ou difuso, concedendo o poder aos tribunais e aos juízes para aplicar ou deixar de aplicar determinada lei, caso a considere inconstitucional¹⁹⁶.

Nesse contexto, a jurisdição constitucional se estende a todos os juízes, que devem interpretar e aplicar diretamente os dispositivos constitucionais aos casos concretos, podendo também recusar a aplicação de lei ou normas que considere ser inconstitucional¹⁹⁷. Roberto Barroso¹⁹⁸ conclui seu pensamento no sentido de que:

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 384.

¹⁹² Idem, p. 2.

¹⁹³ Ibidem, p. 3.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 4.

¹⁹⁵ BARROSO, op. cit. p. 392.

¹⁹⁶ Idem, p. 4.

¹⁹⁷ Idem, p. 283.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. 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. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já 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.

Para Mártires Coelho ¹⁹⁹, o ativismo judicial seria essencial para a concretização da Constituição, realizando a proteção aos direitos fundamentais contra ofensiva conduta do legislador, ao contrário da interpretação dada ao ativismo a partir de uma interpretação clássica²⁰⁰²⁰¹ a respeito da separação dos poderes, que acredita ser o ativismo judicial, um procedimento defeso à magistratura de criação de normas jurídicas que buscam a solução de casos concretos.

Diante de tal comportamento do Judiciário, questiona-se a aplicabilidade e concretização das normas constitucionais, e, compreendendo a composição do

¹⁹⁸ Idem, p. 6.

¹⁹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 3-22, semestral, 2015. p. 5.

²⁰⁰ Sobre interpretação clássica: liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

²⁰¹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. v. 1. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. p. 181.

ordenamento jurídico por normas-regras e normas-princípios, constata-se que²⁰²:

[...] o comportamento ativista da função jurisdicional mostra-se em afinidade com a constatação de que nem todas as questões fáticas que se tornam problemas para o Direito possuem, aprioristicamente, solução regrada previamente.

Na verdade, é fundamental compreender de que forma e até que limite a atuação do Judiciário se faz necessária, pois, de certa maneira, o juiz ao adotar determinada medida para determinado caso, está criando direito, seja em maior ou menor amplitude, isto é, a interpretação da norma dada pelo juiz, é uma participação ativa do juiz na criação e elaboração do direito²⁰³.

Tal interpretação se dá devido à existência de dispositivos de normas abertas, tais quais conceitos indeterminados como o dano moral, interesse social, ordem pública, entre outros, e, diante dos princípios como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, etc., de maneira que o juiz desenvolva um papel na criação do Direito, pois deverá ele fazer ponderações fundamentadas ao caso concreto²⁰⁴.

Para muitos autores, como Silva Ramos e Tourinho Leal, o ativismo judicial é entendido como uma atividade jurisdicional exercida pelo Judiciário que ultrapassa os limites impostos à ele pelo ordenamento jurídico, ou seja, o ativismo judicial seria de certa forma um abuso de competência do Poder Judiciário, atuando de forma negativa na sua conduta institucional²⁰⁵.

Na definição de ativismo judicial, do ponto de vista de Benatti Galvão²⁰⁶, entende-se como sendo uma atuação interpretativa-constitucional feita pelo Judiciário com o intuito de preencher a insuficiência e lacunas de atos típicos da função legislativa e administrativa, visando assim, através de decisões judiciais, garantir e proteger as normas constitucionais, em especial no que pese direitos fundamentais e o exercício do poder do Estado.

²⁰² GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo Judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 89-98, semestral, 2015. p. 91.

²⁰³ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 3-22, semestral, 2015. p. 6.

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 130.

²⁰⁵ COELHO, op. cit. p. 11.

²⁰⁶ GALVÃO, op. cit. p. 90.

Posto isso, Roberto Barroso²⁰⁷ expõe que o ativismo judicial trata-se de²⁰⁸:

[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Nesses termos, o ativismo é caracterizado por três condutas: aplicar diretamente a Constituição, independentemente de norma legislativa; declarar normas inconstitucionais, com base em critérios sem rigidez para tanto; e impor ordens ao poder público.

Para Silva Ramos²⁰⁹, o ativismo judicial é:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Portanto, o ativismo judicial seria a idéia de um mau comportamento por parte do Judiciário, em relação aos limites normativos de seu papel dentro do sistema de tripartição dos poderes adotada pelo Estado Constitucional de Direito²¹⁰.

Já a criação judicial do Direito é considerado um exercício regular de poder-dever dos juízes, de interpretar/aplicar o direito legislado, saindo da lei abstrata e aplicando ao caso concreto²¹¹.

Nesse sentido, o ato de interpretação e aplicação do direito necessita de um pensamento e ação por parte do juiz, caso contrário, se não houvesse essa vida ativa do juiz, seria ele asséptico, imparcial, sem a possibilidade de dar a cada um o que é seu, ou seja, não tratando igual os iguais e desigual os desiguais, na medida

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2015. p. 6.

²⁰⁸ MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Ativismo Judicial e Judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 348-359, semestral, 2015. p. 350.

²⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 219.

²¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 3-22, semestral, 2015. p. 11.

²¹¹ *Ibidem*, p. 12.

da sua desigualdade²¹².

Assim, nas palavras de Tarter Nunes, Carlos Coutinho e José Nadim de Lazari²¹³:

[...] é possível afirmar-se que o ativismo judicial, em que pese as críticas que geralmente lhe são feitas, pode contribuir para a efetiva proteção dos direitos dos cidadãos. Contudo, tal ativismo pode trazer consequências para a gestão administrativa, eis que eventuais políticas públicas elaboradas para atender determinada necessidade social podem ser afetadas em razão do citado ativismo judicial.

Dessa forma, essa liberdade concedida ao juiz deve ser limitada, pois não deve o juiz extravasar o seu direito de interpretação e aplicação da norma ao ponto de extrair dela o que deseja, tirando proveito de sua abertura semântica de modo que a faça incompatível com sua finalidade normativa²¹⁴.

Dito isso, a atividade judicial não deve ser construída por um juízo de conveniência e oportunidade. Ela deve estar vinculada a regras e princípios existentes, e não a vontade de intérprete, devendo sempre fundamentar sua decisão de forma objetiva e clara²¹⁵.

No mais, a abertura das normas como princípios jurídicos, cede espaço para o juiz, como intérprete da lei, atuar como um verdadeiro legislador, uma vez que utilizam tais normas como ponto de partida para decidir de maneira justa e correta no caso em concreto²¹⁶.

Posto isso, têm-se a ideia de que juízes não são autômatos, e, apesar de serem imparciais, não são neutros, de forma que julgam conforme o ordenamento positivado²¹⁷, mas também utilizam de percepções subjetivistas, que devem ser

²¹² COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 3-22, semestral, 2015. p. 12.

²¹³ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas Públicas e Ativismo Judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 209-216, semestral, 2015. p. 216.

²¹⁴ COELHO, op. cit. p. 12.

²¹⁵ LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Políticas Públicas como Programas e Ações para o Atingimento dos Objetivos Fundamentais do Estado, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 151-182. p. 168.

²¹⁶ COELHO, op. cit. p.14.

²¹⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães; DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Juízes não são autômatos, também manifestam percepções subjetivas do justo*, 2015. Disponível em:

sempre construtivamente fundamentadas, obedecendo aos limites da Constituição, para que sua decisão seja legítima e de acordo com o caso em pauta²¹⁸.

Ainda, devemos observar os casos de lacuna e obscuridade da lei, no qual o juiz, não podendo se omitir diante do caso, deverá sempre se pronunciar, agindo assim como verdadeiro legislador. Tal atuação tornou-se comum entre os juristas, reforçando o peso normativo da jurisprudência como fonte primária de direito²¹⁹.

De acordo com Dworkin²²⁰, os juízes, diante de um problema em que não existe direito completo para solucioná-lo, devem exercer seu poder discricionário, ou seja, nos casos de obscuridade e lacuna de norma, deve o juiz utilizar de seus discernimentos para estabelecer uma nova norma, preenchendo, assim, onde não há direito preciso para o caso em concreto.

Acrescenta Dworkin²²¹ que, visto que ele está encarregado de tomar uma ação decisiva de acordo com os padrões que lhes são estabelecidos para exercer tal jurisdição, deve o juiz decidir dentro dos padrões de justiça e equidade, e, não deve tratar de aplicar as normas de maneira mecânica, devendo sempre utilizar da sua capacidade de julgamento.

Nesse sentido, Mártires Coelho²²² expõe que:

[...] não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu, de preferência *secundum legem* ou *praeter legem*, mas, se necessário, até mesmo *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito [...].

Portanto, sabendo que o ordenamento constitucional possui normas genéricas, carecedoras de interpretação e de efetividade, a postura do Judiciário,

<<http://www.conjur.com.br/2015-ago-24/juizes-nao-sao-automatos-tambem-manifestam-percepcoes-subjetivas>> Acesso em: 17 ago. 2015.

²¹⁸ ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como controle de constitucionalidade e seus limites, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 183-212. p. 197.

²¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 3-22, semestral, 2015. p. 14.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 12.

²²¹ Idem, p. 51.

²²² COELHO, op.cit. p.18.

em prol da concretude dessas normas, é importante para a harmonia jurídica. Nesse sentido, aduz Benatti Galvão²²³:

Infelizmente, no entanto, percebe-se que há certa dificuldade na efetivação de muitas normas constitucionais pela atuação dos poderes Legislativo e Executivo, que tem a lei em sentido estrito ou como objetivo de sua atuação ou como base para a sua atuação. Especificamente em relação ao Legislativo, verifica-se a persistência de lacunas normativas provenientes da inércia regulamentadora a partir de decisões legislativas ou de sua má elaboração (especificamente, em termos de conteúdo), comprometendo situações sociais que se tornam conflituosas e que acabam sendo levadas à análise do Judiciário, exigindo-lhes uma definição em termos decisórios. Já em relação à atuação administrativa, tem-se, muitas vezes, a inércia de atuação camuflada na noção de discricionariedade administrativa ou mérito administrativo, refletido principalmente na adoção de políticas públicas em diversos setores.

É a partir da visão mencionada, que conclui Benatti Galvão²²⁴:

O que se pretende, mediante a realização de posturas ativistas, não é fragilizar ou comprometer o esquema organizatório-funcional do Estado, mas, antes, garantir-lhe legitimidade mediante a boa e coerente atuação das funções estatais, a partir da busca por utilidade nas decisões vinculadas à competência precípua de cada um de seus órgãos. Há que se ter condições de aperfeiçoar continuamente as funções precípuas de cada órgão estatal para que se possa ter verdadeiramente um cenário racional do próprio Estado.

Partindo da presente premissa, com a frequente interferência do Poder Judiciário na esfera política e o fortalecimento deste Poder ante os outros, cresce a intervenção da vontade do intérprete no julgamento do caso em concreto, isto é, a decisão judicial passa a ser fundamentada pela vontade dos juízes, caracterizando assim o ativismo judicial, na medida em que o juiz utiliza de sua discricionariedade para julgar de acordo com sua preferência subjetiva²²⁵.

Percebe-se a partir de tais colocações que o ativismo é multifacetado, implicando no papel do Judiciário quanto as decisões judiciais e a atuação dos

²²³ GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo Judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 89-98, semestral, 2015. p. 91.

²²⁴ *Ibidem*, p. 97.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 52-60, semestral, 2015. p. 58.

juízes, sendo seu principal conflito, a influência da vontade do julgador na resolução de um caso concreto²²⁶.

A partir do evidenciado, destacam-se três linhas para o ativismo judicial. A primeira, firmada por Silva Ramos²²⁷, se refere ao comportamento do Judiciário, nas tomadas de decisões baseadas em preferências subjetivas dos juízes, prejudicando o equilíbrio entre os poderes. Nesse caso, a decisão estaria ultrapassando os limites normativos impostos a função jurisdicional. Nesse contexto, há a ideia de que uma norma infraconstitucional, mesmo sendo clara para determinadas situações, poderia ser afastada por um princípio constitucional, mesmo que este seja de conteúdo indeterminado.

A segunda percepção, por sua vez, é apontada por Roberto Barroso²²⁸, que reconhece o risco das decisões que carecem de fundamentação e de justificação para tanto. Nesse sentido, Roberto Barroso expõe a participação do Supremo Tribunal Federal na ampliação de incidências legais; na interferência em decisões de competência meramente legislativa; e na interferência de políticas públicas, função típica do legislativo e do executivo, impondo, a todas as hipóteses, condutas ou abstenções do Poder Público.

Sendo a terceira linha, o ativismo, por fim, seria o resultado da interferência do Judiciário na concretização dos direitos garantidos constitucionalmente, justificando tal conduta²²⁹.

Em vista disso, o ativismo seria interpretado como a atuação do Poder Judiciário que vai além de sua função institucional, desrespeitando os limites impostos pela Constituição, avançando dentro da função do Legislativo, causando uma crise na legitimidade democrática brasileira²³⁰.

²²⁶ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 116-131, semestral, 2015. p. 121.

²²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2015. p. 122.

²²⁹ ROCHA, op, cit. p. 123.

²³⁰ SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 170-187, semestral, 2015. p. 180.

Na concepção de Dworkin²³¹:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

É aí que se encontra a crítica de Dworkin. O Poder Judiciário necessita de um embasamento principiológico da interpretação, não podendo respaldar suas decisões apenas em fundamentos de cunho político. Dessa forma, o ativismo judicial estaria vinculado à ignorância do Judiciário ao devido processo constitucional e a falta ou equívoco no fundamento das decisões²³².

Portanto, para combater o lado ruim do ativismo judicial, deve-se observar a construção das decisões judiciais, pois o problema do ativismo é um problema de qualidade da decisão proferida²³³.

Nesse aspecto, importante ressaltar que deve haver um juízo metodológico de ponderação para a concretização dos direitos fundamentais, sendo inevitável restringir o âmbito de proteção dos demais direitos indevidos em prol daquele.

Ante tal conjuntura, expõe Oliveira Peter:

A atitude ativista, nesse âmbito, implica um ônus argumentativo para justificar as ações e decisões a serem tomadas, pois sempre que se está diante da necessidade de reconhecimento da prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro, é preciso construir um discurso fundamentado e convincente sobre a decisão tomada, não sendo possível assumir a premissa falaciosa de que somente argumentos jurídicos (e irrefutáveis) estarão em jogo.

As decisões dos intérpretes devem ser adequadas e dotadas de fundamentos justos e coerentes, de modo a justificar tais decisões e a evitar o decisionismo, isto é, as decisões devem estar adequadas à Constituição, não sendo fruto de política de valores. Os intérpretes devem se abster de qualquer eventual subjetivismo, visando

²³¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451.

²³² SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 170-187, semestral, 2015. p. 181.

²³³ *Ibidem*, p. 181.

a segurança jurídica e a efetivação constitucional²³⁴.

Nessa perspectiva, para Dworkin ²³⁵, as decisões judiciais devem ser motivadas, pois os juízes devem estar atentos à responsabilidade política que os vinculam ao Direito no ato de julgar. Dessa forma, os juízes devem solucionar um caso, sempre resgatando a história institucional do Direito. Qualquer ruptura com a história institucional do Direito, deve ser adequadamente justificada, em nome da integridade do direito.

Por tal motivo, os fundamentos devem ser sempre apresentados detalhadamente, compondo o discurso justificador e argumentativo da ponderação, buscando sempre ser transparente nos enunciados, sob pena de incidir como um ativismo arbitrário e infesto²³⁶.

No mais, as decisões deverão ser fundamentadas demonstrando motivação e coerência da atuação do Judiciário, aplicando-se, para isso, princípios e valores presentes no ordenamento jurídico, capazes de corroborar tal intenção²³⁷.

²³⁴ GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo Judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 89-98, semestral, 2015. p. 96.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 238.

²³⁶ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 63-85, semestral, 2015. p. 84.

²³⁷ CORTEZ, Luís Francisco Aguillar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.285-307. p. 303.

3 O ATIVISMO JUDICIAL E O JUDICIÁRIO NO BRASIL

3.1 Análise de Casos

Diante da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário vem atuando cada vez com mais frequência em matérias envolvendo questões de cunho político. Podemos destacar o comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do direito constitucional de greve dos servidores públicos, no Mandado de Injunção nº20²³⁸, que proferiu decisão declarando a mora do Poder Legislativo e regulamentando o direito dos servidores públicos de maneira análoga ao direito de greve previsto na Lei nº 7.783/89, enquanto não houvesse manifestação do Legislativo a respeito. Nesse caso, o STF não apenas cientificou o Legislativo de sua mora, como regulamentou a norma constitucional, visando sua efetividade²³⁹. É o que se extrai da ementa a seguir:

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: **O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição.** A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto- aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito

²³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 20. Impetrante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil; Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. Tribunal Pleno, 19 de maio de 1994. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748172/mandado-de-injuncao-mi-20-df>. Acesso em: 23 set 2015.

²³⁹ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1-32. p. 15.

de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. **Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.**

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.

(STF - MI: 20 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001). (grifo nosso)

Ademais, podemos ressaltar também como comportamento ativista do Judiciário, a decisão proferida²⁴⁰ em sede de Apelação ao eg. Tribunal Regional Federal sobre o direito à saúde, como segue:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. UNIÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR REJEITADA. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E DIFUSO, CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. I - A União Federal, solidariamente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, está legitimada para as causas que versem sobre o fornecimento de medicamento, em razão de, também, compor o Sistema Único de Saúde - SUS. Precedentes. II - Na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal "o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional." (RE 607381 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209). III - **Destaque-se, ainda, que na visão jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, "é certo que não se inclui,**

²⁴⁰ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 00000407720114013800. Apelante: União Federal e Estado de Minas Gerais. Quinta Turma, Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 23 set 2015.

ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.** Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que **o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, 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"** (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente **em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.** É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe

e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. **É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.** Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na

definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. **Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.** No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais." (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191) IV - Em sendo assim, caracterizada, na espécie, a impossibilidade da autora de arcar com os custos do tratamento de sua enfermidade, o fornecimento de medicamento, na dosagem e quantidade indicadas pelo médico responsável pelo seu acompanhamento, é medida que se impõe, possibilitando-lhe o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material. Precedentes. V - Desnecessidade de produção da prova pericial, diante do conjunto fático-probatório constante dos autos, que se mostram suficientes à solução da questão discutida no caso em exame, mormente em face de competente laudo e receituário médico acostado aos autos, subscrito pelo médico assistente, o qual, no exercício regular da sua profissão, responde pela correta indicação do mencionado medicamento, não cabendo ao juiz do feito interferir no âmbito dessa deliberação, de cunho eminentemente médico-científica da inteira responsabilidade do profissional médico que acompanha o paciente. Ademais, em casos assim, há de se prestigiar o princípio in dubio pro vita. VI - Em casos assim, a verba honorária deve ser arbitrada na conformidade do § 4º do art. 20 do CPC, com vistas nos parâmetros previstos nas alíneas a, b e c do aludido dispositivo legal, atentando-se para a importância da causa, a natureza da demanda, o princípio da razoabilidade, bem como respeitando o exercício da nobre função e o esforço despendido pelo patrono da suplicante, afigurando-se razoável o montante fixado em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais). VII - Remessa oficial e recursos de apelação desprovidos. Sentença confirmada. (TRF-5 – AC: 00000407720114013800, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, Data de Julgamento: 25/02/2015, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 08/07/2015). (grifo nosso)

Podemos também destacar outras decisões judiciais^{241 242} que discorrem sobre os limites à atividade do Poder Judiciário no ativismo judicial, abaixo transcritas:

EMBARGOS INFRINGENTES. SFH. "CONJUNTO HABITACIONAL PARQUE DOS COQUEIROS". PRELIMINAR: SENTENÇA ULTRA PETITA. SENTENÇA FUNDAMENTADA EM AUDITORIA DO MINISTÉRIO DO BEM-ESTAR SOCIAL. PROVA NÃO TRAZIDA AO FEITO PELOS AUTORES. -A TENDÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL MODERNO É EMPRESTAR MAIS DINAMISMO AO JULGADOR, POSSIBILITANDO-LHE REALIZAR A EFETIVA BUSCA DA VERDADE MATERIAL. -O ATIVISMO JUDICIAL PERCUTE NA SEARA PROBATÓRIA, INSPIRANDO O CONCEITO DE PROVA EMPRESTADA, OU SEJA, A FACULDADE DE O JUIZ DETERMINAR A JUNTADA AOS AUTOS DE TRASLADO DE DOCUMENTO HÁBIL AO DESLINDE DA MATÉRIA, QUANDO DE NOTORIEDADE INQUESTIONÁVEL. -REPRESENTARIA ATO ATENTATÓRIO À JUSTIÇA, EM SENTIDO AMPLO, A POSTURA DO MAGISTRADO QUE, DIANTE DA OMISSÃO PROBATÓRIA DE UM DOS LITIGANTES, PROFERISSE UMA DECISÃO EM TOTAL DESCOMPASSO COM UMA REALIDADE AMPLAMENTE CONHECIDA NA SOCIEDADE. EMBARGOS INFRINGENTES DESPROVIDOS.

(TRF-5 - EINFAC: 208870 RN 2000.05.00.012237-5, Relator: Desembargador Federal Jose Maria Lucena, Data de Julgamento: 11/12/2002, Pleno, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 25/02/2003 - Página: 717). (grifo nosso)

APELAÇÃO E REMESSA EX OFFICIO. CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRESENÇA DE DISCRICIONARIEDADE. PROVIMENTO. I - A lotação de pessoal em órgão público, como é o caso de delegacia de polícia, é matéria que pertence à intimidade da Administração, sem contar que está sujeita a inúmeros fatores (falta de cargos vagos, cargos não providos pela não aprovação em número necessário em concurso público, número diminuto de cargo cuja elevação depende de lei, inamovibilidade de servidores efetivos, limites orçamentários à ordenação de despesa, entre outros), de modo que não se apresenta correta sentença que impõe a obrigação de ser elevado o número de servidores duma determinada repartição. II - **Ausente hipóteses voltadas à concretização de norma constitucional de suficiente densidade de conteúdo e de preservação do mínimo existencial, nas quais é admitido, com maior amplitude, o chamado controle**

²⁴¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Embargos Infringentes na Apelação Cível, EINFAC: 208870 RN 2000.05.00.012237-5. Tribunal Pleno, Relator: Desembargador Federal Jose Maria Lucena, 11 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158650/embargos-infringentes-na-apelacao-civil-einfac-208870-rn-20000500012237-5>>. Acesso em: 23 set 2015.

²⁴² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/ Reexame Necessário, APELREEX: 481 PE 2007.83.04.000217-8. Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Edílson Nobre, 30 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/899446/apelacao-reexame-necessario-apelreex-481-pe-20078304000217-8>>. Acesso em: 23 set 2015.

de políticas públicas. Ativismo judicial que esbarra na separação de poderes, ainda que examinado este princípio em sua acepção hodierna. III - Provimento da apelação e remessa oficial.

(TRF-5 - APELREEX: 481 PE 2007.83.04.000217-8, Relator: Desembargador Federal Edílson Nobre (Substituto), Data de Julgamento: 30/09/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 15/10/2008 - Página: 204 - Nº: 200 - Ano: 2008). (grifo nosso)

Ainda a respeito de manifestação sobre a necessidade de impor limitações ao ativismo judicial em sede de decisões judiciais²⁴³, transcreve-se:

PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO. EXECUTADO EM DIFICULDADES FINANCEIRAS POR SER PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE. TEORIA DOS PRINCÍPIOS. REGRA DO ART. 791, III, DO CPC A IMPOR A SUSPENSÃO DO PROCESSO. INJUSTIFICADO AFASTAMENTO DA REGRA. SENTENÇA REFORMADA. 1) A alegação do executado de que possui o vírus da AIDS e que encontra-se em dificuldades financeiras, não é, por si só, motivo jurídico hábil a ensejar a extinção da execução. O princípio da dignidade da pessoa humana, em que pese a consabida centralidade que ostenta no sistema jurídico-constitucional vigente, tem sua aplicação, assim como ocorre com todos os princípios, condicionada a um imperativo de subsidiariedade, de modo que a sua aplicação no caso concreto, segundo a melhor técnica, depende ou da inexistência de regra capaz de regular satisfatoriamente a questão, ou da existência de conflito normativo entre a regra aplicável e um princípio, a ser resolvido por meio de uma ponderação de interesses. 2) O impasse observado na efetivação da pretensão executiva, após o esgotamento dos meios executivos, deve conduzir à regra inscrita no art. 791, inciso III, do CPC, que prevê a suspensão do processo, na hipótese de o devedor não possuir bens penhoráveis. **À míngua de conflito normativo entre a referida regra e a proteção da dignidade da pessoa humana, inexistente razão jurídica para o afastamento da regra, senão o dever de sua aplicação prevalecente, em detrimento do princípio, sob pena de vulnerar-se a coesão do sistema.** 3) Em doutrina, a reflexão de Daniel Sarmiento é pertinente, apontando o autor: **“Mas o que vem muitas vezes acontecendo, e não pode ser admitido, não é o afastamento racionalmente fundamentado de regras, mas a sua simples desconsideração na solução de casos concretos compreendidos no âmbito da sua hipótese de incidência. Só que o operador do Direito não pode agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, onde lhe coubesse toda a tarefa de concretização,**

²⁴³ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível, AC: 200751018150899. Oitava Turma, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Durlund, 09 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 23 set 2015.

comportando-se como se as regras simplesmente não existissem. No mínimo, há o ônus argumentativo do julgador de demonstrar porque uma determinada regra ditada pelo legislador, e a priori incidente sobre o caso, não deve ser aplicada. Do contrário abre-se a porta ao arbítrio e ao decisionismo, em prejuízo da segurança jurídica e da democracia” (in “Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional”, 2006, p. 203). 4) A sentença merece reforma, para que, esgotados os meios executivos, de modo infrutífero, seja determinada a suspensão da execução, cf. o art. 791, III, do CPC, haja vista a subsunção da hipótese fática à referida regra, como parece ser o caso, à luz de fls. 71 e 82. 5) Dou provimento ao recurso. (TRF-2 - AC: 200751018150899 , Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, Data de Julgamento: 09/11/2011, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 18/11/2011). (grifo nosso)

São essas visões jurídicas do ativismo judicial advindas da atuação do Poder Judiciário que se encontram pulsantes no Brasil.

3.2 Críticas ao Ativismo Judicial

A expressão ativismo judicial está ligada a diversos significados, seja no sentido positivo ou negativo. Para compreensão positiva, o ativismo judicial está relacionado a decisões jurídicas que buscam principalmente assegurar direitos previstos na Constituição; decisões que visam proteger a Constituição; decisões baseadas nos princípios jurídicos constitucionais²⁴⁴. Para os defensores dessa prática, o Poder Legislativo perdeu seu espaço nas democracias atuais devido a prática de políticas infelizes²⁴⁵.

Do ponto de vista negativo, o ativismo judicial se relaciona à interferência dos interesses pessoais do intérprete nas decisões jurídicas, sendo sua manifestação perigosa à democracia. Nesse sentido, o ativismo judicial está atrelado à falta de limites na função jurisdicional²⁴⁶. Os opositores do ativismo declaram que o Poder Judiciário não é legitimado democraticamente para impor decisões à sociedade²⁴⁷.

Dito isso, conforme já anteriormente esclarecido, a Constituição brasileira dispõe de cláusulas abertas que trazem princípios e conceitos jurídicos

²⁴⁴REUTERS, Thomson. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*, 2015. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 30 ago. 2015. p. 2.

²⁴⁵PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 63-85, semestral, 2015. p. 77.

²⁴⁶REUTERS, op. cit. p. 2.

²⁴⁷PETER, op. cit. p. 77.

indetermináveis. Ocorre que, ao interpretar tais normas, por não se tratar de um direito objetivo, abre-se espaço para a subjetividade do intérprete, uma vez que deverá ser feito um juízo de valoração²⁴⁸, ou seja, temos que o ordenamento jurídico, por trazer normas abertas, nem sempre encontra a solução pronta para os problemas, devendo por isso serem as decisões proferidas pelos juízes e tribunais utilizando de argumentação jurídica²⁴⁹.

Porém, segundo Bonavides²⁵⁰ a interpretação não deve exceder os limites razoáveis impostos, pois, excedendo, cria-se uma lei *contra legem*, ou seja, nociva à garantia das instituições. Por isso, as decisões devem ser sempre fundamentadas com base no princípio da interpretação conforme à Constituição, sendo a *favor legis*, preservando a autoridade do dispositivo normativo e mantendo a segurança jurídica²⁵¹.

Nesse sentido, o intérprete deve se atentar para não permitir que seus valores morais e políticos influenciem a interpretação dos conceitos indeterminados de modo que o direito seja aplicado discricionariamente. O intérprete deverá demonstrar fundamentadamente, ponderando sua decisão, para que seja a mais adequada com a Constituição e ao caso em concreto²⁵².

Tem-se que o ativismo judicial incidirá sobre os “hard cases”, que, para Barroso²⁵³, ocorrem nos caso de ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisões de normas. São nessas situações que o juiz deverá, de maneira fundamentada, construir uma solução para o litígio, pois, não havendo elemento suficiente na norma jurídica, cabe ao intérprete, visando a justiça e o bem, recorrer a uma interpretação e aplicação do direito, isto é, o juiz deverá recorrer à uma argumentação jurídica²⁵⁴.

Assim, a argumentação jurídica visa produzir razões que justifiquem determinada decisão por meio de um processo racional que utiliza a forma discursiva para demonstrar que a solução alcançada é justa e fundamentada. Sua

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 249.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 259.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 495.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 431.

²⁵² BARROSO, *op. cit.* p. 249.

²⁵³ *Ibidem*, p. 250.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 259.

finalidade é estruturar o raciocínio jurídico de forma clara e transparente, fornecendo um controle melhor da justificação das decisões proferidas judicialmente²⁵⁵.

A argumentação jurídica deve expor fundamentos normativos que embase a decisão proferida. Para isso, deve se afastar de fundamentos baseados em senso comum ou de sentido pessoal de justiça. Além disso, o juiz deve manter a coerência jurídica de acordo com o sistema jurídico, buscando sempre os precedentes para que assim mantenha a segurança jurídica da decisão proferida. Enfim, o juiz deve manter uma relação entre o mundo jurídico e a realidade de forma que haja equilíbrio entre a norma prescrita e a consequência gerada²⁵⁶.

Nesse contexto, conforme expressa Roberto Barroso²⁵⁷, todo o caso difícil (hard case), pode possuir mais de uma decisão que seja razoável, de forma que o juiz, conscientemente ou não, irá apresentar a decisão que melhor acolha seus interesses pessoais, seus valores entre outros elementos externos.

Nesses casos, embora não haja soluções presentes no ordenamento jurídico, há limites de interpretação das normas, reprimindo a atuação subjetiva e arbitrária do intérprete²⁵⁸.

De acordo com Reuters²⁵⁹:

[...] o julgador, tendo previamente escolhido o resultado que melhor expressa as suas convicções pessoais e o seu senso de justiça, passa a buscar uma maneira jurídica de justificar sua decisão. Primeiro decide-se (ou, para sermos mais claros, “escolhe-se”) o resultado almejado e só depois são buscados elementos para sustentar as escolhas feitas. Trata-se, evidentemente, da invasão da vontade dos julgadores no desfecho das decisões.

Diante da expansão da intervenção judicial que vivemos hoje, Roberto Barroso²⁶⁰ destaca três objeções no que tange ao papel dos juízes e tribunais. São elas: crítica político-ideológica, crítica quanto à capacidade institucional e crítica quanto a limitação do debate.

Primeiramente, membros do magistrado não são agentes eleitos pela vontade popular. No mais, ao invalidar atos de âmbito legislativo ou executivo, o Judiciário

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 341.

²⁵⁶ *Ibidem*, 343.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 251.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 259.

²⁵⁹ REUTERS, Thomson. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*, 2015. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 30 ago. p. 5.

²⁶⁰ BARROSO, op. cit. p. 242.

está desempenhando função política. Assim, vem recebendo críticas quanto a sua legitimidade democrática²⁶¹.

Tal crítica, basicamente encontra argumento no fato que é o povo quem ganha com a implementação de políticas públicas e, também é o povo que contribui para arrecadação de recursos públicos. Sendo assim, é o povo quem deve decidir o destino dos recursos públicos, devendo então, tal decisão ser proferida pelo Legislativo e pelo Executivo, uma vez que são deles os representantes eleitos pelo povo, e não do Judiciário que ingressam mediante concursos públicos²⁶².

No que pese a capacidade institucional, tem-se que, apesar do Judiciário proferir a decisão final em caso de divergência na interpretação constitucional entre os três Poderes, deve-se observar quem está mais bem capacitado para decidir sobre determinada matéria²⁶³.

Já quanto à limitação do debate, observa-se que devido ao aumento das intervenções judiciais, há a exclusão de quem não possui conhecimento técnico do direito, provocando uma apatia nas forças sócias. No mais, a ampliação de debates públicos no âmbito jurídico provoca a politização dos tribunais²⁶⁴.

Não obstante, deve-se atentar para que o Poder Judiciário não se transforme em uma instância hegemônica, pois, conseqüentemente, comprometeria a legitimidade democrática ao ir além de suas atribuições institucionais, limitando equivocadamente o debate público²⁶⁵.

De acordo com Silva Ramos²⁶⁶, o ativismo judicial no direito brasileiro provoca uma alteração aos limites estabelecidos à criação de jurisprudência, influenciando nos demais órgãos, especialmente no Poder Legislativo, agredindo assim o princípio da separação dos poderes.

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 242.

²⁶² SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da Saúde, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 353-386. p. 363.

²⁶³ BARROSO, op.cit. p. 243.

²⁶⁴ Ibidem, p. 243.

²⁶⁵ Ibidem, p. 258.

²⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120.

Em contraposição, as decisões judiciais, quando bem fundamentadas, acabam sendo muitas vezes melhores que as decisões tomadas pelo Executivo e pelo Legislativo, quando não fundamentadas²⁶⁷.

No mesmo sentido, os juízes seriam mais capazes de ponderar fundamentalmente sobre os direitos sociais antagônicos. Além disso, o Poder Judiciário acolhe direitos de minorias que, por meio de processos políticos, provavelmente jamais seriam debatidos²⁶⁸.

Nessa sequência, Antonio da Costa Sabino²⁶⁹ ainda destaca a importância de decisões judiciais aptas a corrigirem falhas de processos políticos, derivadas de interesse pessoal dos políticos, seja por mais poder, mais votos, entre outros, desfigurando o interesse do povo.

Posto isso, os juízes e tribunais devem evitar ao máximo suprir ou oprimir as escolhas legítimas tomadas pelo legislador, e os interesses da sociedade, se abstendo assim de suas valorações políticas, pois como bem coloca Roberto Barroso²⁷⁰: “Nunca é demais para lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.”.

Acerta Roberto Barroso²⁷¹ quando menciona que não importa se a decisão é boa ou má. A decisão deve estar de acordo com a Constituição, isto é, a relevância de um julgamento está em compreender se a decisão está ou não de acordo com a Constituição, caso contrário, estar-se-ia oferecendo uma República Juristocrática no lugar de uma democracia.

²⁶⁷ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da Saúde, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 353-386. p. 364.

²⁶⁸ Ibidem, p. 364.

²⁶⁹ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da Saúde, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 353-386. p. 364..

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 258.

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 52-60, semestral, 2015. p. 54.

Entretanto, diante do crescimento do ativismo judicial, domina-se a vontade do intérprete, constituindo uma ameaça à Constituição e, conseqüentemente, ao regime democrático²⁷².

De acordo com Luiz Streck²⁷³:

O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião.

O ativismo judicial “provoca instabilidade, afeta a separação de poderes e acaba por atribuir ao magistrado um poder criador da norma que é estranho ao modelo de organização do Estado erigido sob a doutrina da separação de poderes.”²⁷⁴.

No que tange a insegurança jurídica gerada pelo ativismo judicial, nota-se uma consequência negativa no âmbito econômico, pois a instabilidade das decisões prejudicam as relações, atingindo negativamente o desenvolvimento econômico do país. Isso ocorre, porque no espaço empresarial preza-se pela segurança jurídica em prol da estabilidade, pois havendo insegurança jurídica, instalam-se riscos que vão além dos inerentes de sua natureza, predominando um campo instável para análise de custos e benefícios²⁷⁵.

Além do mais, a segurança jurídica incorre em uma previsibilidade de como os juízes e magistrados solucionariam determinado caso, provocando assim uma cooperação espontânea, isto é, permite que as partes de um litígio alcancem uma

²⁷² STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 52-60, semestral, 2015. p. 59.

²⁷³ *Ibidem*, p. 59.

²⁷⁴ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 116-131, semestral, 2015. p. 125.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 126.

solução sem a judicialização do problema, pois anteviram o resultado caso fosse analisado pelo Judiciário²⁷⁶.

Por isso, não se pode permitir que os intérpretes fundamentem suas decisões em argumentos metajurídicos, isto é, deixe de aplicar o texto normativo constitucional para atribuir sentido do que melhor lhe convir²⁷⁷.

Então, o controle do ativismo judicial não deve focar na contenção da atividade interpretativa, que estará presente sempre, seja em maior ou menor grau, nas decisões proferidas, mas sim na forma com que sua decisão é justificada no sistema²⁷⁸.

Dito isso, a utilização de argumentos metajurídicos por juízes e tribunais retira sua normatividade, pois acaba “moralizando o Direito”. Situações como essas enfraquecem o Direito, pois afasta o julgamento da tradição e do instrumentalismo. A decisão baseada em argumentos jurídicos garante o respeito à Constituição, trazendo segurança jurídica a todos, pois condiciona a sociedade a um único regramento jurídico²⁷⁹.

O Direito se faz importante, pois limita a política em favor do direito das minorias, limitando as decisões contramajoritárias²⁸⁰²⁸¹. O Direito cuida daquilo que é público, da razão pública²⁸².

No entanto, o Direito e a política devem ser autônomos, pois ambos são conceitos essenciais para o Estado Democrático de Direito, na medida que tanto a

²⁷⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Anarquismo judicial e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 480-498, semestral, 2015. p. 481.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 52-60, semestral, 2015. p. 59.

²⁷⁸ ROCHA, op. cit. p. 126.

²⁷⁹ STRECK, op. cit. p. 60.

²⁸⁰ Barroso expõe que a teoria constitucional apelidou como contramajoritárias, as decisões proferidas pelo STF, que sobrepõem a sua interpretação da Constituição à interpretação feita pelos agentes políticos que foram investidos ao exercício por mandato representativo e legitimidade democrática. Isto é, a invalidação de atos emanados pelo Legislativo e pelo Executivo, órgãos estes compostos por representantes eleitos pelo povo, pelo Poder Judiciário, compostos por agentes públicos que não receberam votos do povo para ingressar no exercício.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 24-47, semestral, 2015. p. 36.

²⁸² STRECK, op. cit. p. 60.

razão pública como a vontade popular fazem parte do constitucionalismo democrático²⁸³.

No mais, as decisões judiciais proferidas devem ser motivadas para serem declaradas válidas, não sendo admitida vontade discricionária do juiz, de forma que o intérprete deve apresentar fundamentos jurídicos demonstrando seu raciocínio e convencimento²⁸⁴.

Acrescente-se ainda a necessidade de impor limites ao ativismo judicial, pois as decisões devem ser fundamentadas com o direito posto, isto é, o intérprete deve observar o cumprimento e a efetividade da Constituição, não devendo as decisões serem escolhidas subjetivamente pelo intérprete, sob pena de enfraquecimento do Estado Democrático de Direito²⁸⁵.

Ademais, uma decisão com argumentação jurídica garante o respeito à Constituição e reconhece o papel do juiz como legítimo democraticamente para criar/interpretar uma norma de acordo com a situação²⁸⁶.

3.3 O Judiciário Brasileiro na Atualidade

Com base no intuito do presente trabalho, importante ponderar no que tange as atribuições do Judiciário previstas na Constituição de 1988, que concede e assegura independência do Poder mencionado frente ao Executivo e ao Legislativo²⁸⁷.

Nesse aspecto, o Poder Judiciário, no atual cenário brasileiro, é o órgão que possui atribuição para controlar os atos administrativos e é responsável pelo controle das leis quanto à constitucionalidade, influenciando e norteando a atuação dos

²⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259.

²⁸⁴ Idem, p. 40.

²⁸⁵ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 116-131, semestral, 2015. p. 131.

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 341.

²⁸⁷ MENDONÇA, Priscila Faricelli. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação?, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 399-450. p. 400.

agentes políticos²⁸⁸. Ademais, também é responsável para pacificar eventuais conflitos entre indivíduos, sempre visando tutelar valores e princípios consagrados no ordenamento constitucional²⁸⁹.

Ocorre que, com a redemocratização, expandiu-se a procura por justiça na sociedade, ampliando a atuação dos juízes e tribunais, havendo uma crescente intervenção judicial nas relações sociais. Ademais, por tratar de uma Constituição ampla de valores, fins públicos e comportamentos amparados por normas princípios e regras constitucionais, há um aumento na subjetividade das decisões²⁹⁰. Diante das circunstâncias, expõe Roberto Barroso²⁹¹:

No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a Corte Suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas.

No mais, acrescenta Roberto Barroso²⁹² que a jurisdição constitucional brasileira é de competência dos juízes e tribunais, atribuindo a eles a interpretação e aplicação da Constituição Federal, seja no que tange ao controle de constitucionalidade das leis ou atos do Poder Público, seja quanto a interpretação infraconstitucional com base normativa no ordenamento constitucional.

Portanto, havendo omissão do legislativo e do executivo nos casos em que o direito expresso na Constituição necessitar de instrumentos para sua concretização, autoriza-se a atuação do Poder Judiciário para dar efetividade à eles, pois são responsáveis pela aplicação efetiva da Constituição²⁹³.

²⁸⁸ MENDONÇA, Priscila Faricelli. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação?, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 399-450. p. 400.

²⁸⁹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 24-47, semestral, 2015. p. 28.

²⁹¹ Idem, p. 254.

²⁹² Ibidem, p. 239.

²⁹³ CORTEZ, Luís Francisco Aguillar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.285-307. p. 303.

Dessa forma, a Constituição de 1988 conferiu poder ao Judiciário, incorporando à sua atribuição de aplicar das leis, um papel político, cabendo a ele o controle de constitucionalidade e a deliberação quando houver conflitos entre o legislativo e executivo, em prol dos direitos sociais e dos princípios constitucionais²⁹⁴.

A força política do Poder Judiciário vem do povo, pois é o povo quem delega, remunera e coloca os magistrados como agentes do povo. No mais, toda decisão proferida pelo juiz será política no sentido de que a decisão que aplica ou deixa de aplicar determinada norma, implicará em efeitos sociais nos quais de um lado alguém será beneficiado, já do outro, prejudicado²⁹⁵.

O poder político concedido ao Poder Judiciário pela Constituição democrática de 1988 gera polêmica na atuação do Judiciário em conflitos que envolvem atos estatais dos outros Poderes, pois a decisão proferida pelo juiz ou tribunal prevalece sobre à vontade dos agentes públicos dos outros Poderes que, na maioria das vezes, foram eleitos ou nomeados para exercer a função de editarem e executarem leis²⁹⁶.

No entanto, conforme mencionado, a legitimidade do juiz advém do povo, através da Constituição e, por isso, deve o juiz, como agente público, cumprir seu papel constitucional, proferindo decisões dotadas de efeitos políticos e sociais que vinculam os demais Poderes. Conforme coloca Abreu Vilhena Dallari²⁹⁷: “[...] as decisões judiciais são ordens, não pareceres ou sugestões.”.

O Judiciário também deve estar atento para avançar em matéria de competência do Legislativo ou Executivo, apenas quando não houver regulamentação da matéria, isto é, havendo decisão política, deve o Judiciário respeitá-la; não havendo manifestação do órgão competente, em se tratando de direitos previstos constitucionalmente, caberá ao Judiciário a intervenção²⁹⁸.

²⁹⁴ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1-32. p. 15.

²⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 96.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 241.

²⁹⁷ DALLARI, op. cit. p. 90.

²⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB, 2013*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em 10 set. 2015.

Nesse aspecto, faz-se mister limitar a atuação política do Judiciário para que não haja influência imprópria do Poder. Para isso, a independência do Judiciário e o vínculo dos juízes e tribunais com a Constituição e a leis são essenciais, para que assim sejam proferidas decisões concretizadoras dos ideais previstos no ordenamento²⁹⁹.

Dessa forma, o intérprete, ao analisar e aplicar normas previstas no ordenamento constitucional e infraconstitucional deve utilizar dos princípios, das regras, dos conceitos e dos precedentes limitando a aplicação do direito de acordo com os limites impostos pela sociedade jurídica³⁰⁰.

Ademais, com fundamento na Constituição de 1988, qualquer lesão ou ameaça de direito pode vir a ser apreciada pelo Judiciário, em razão da inafastabilidade da jurisdição, devendo, por isso, ser provido jurisdicionalmente o pleiteado na medida de seu direito³⁰¹.

Posto isso, Vilhena Vieira³⁰² atesta que a responsabilidade dos tribunais aumentou em razão da ampliação no rol de princípios e direitos constitucionais. Tudo isso se deu com base na mudança do modelo de Estado Liberal, devido o destaque do cenário social que percebeu a necessidade de analisar os valores sociais que a aplicação de uma norma implicaria, buscando sempre a aplicação mais justa ao caso, desencadeando, assim, no aumento de competência do Poder Judiciário³⁰³.

Podemos destacar como ponto basilar de um Estado democrático de Direito, a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário, isto é, livre de pressões políticas, capaz de interpretar e aplicar a norma com fundamentos em técnicas e princípios jurídicos³⁰⁴.

Para garantir a independência e imparcialidade da magistratura, o Poder Judiciário é autônomo administrativamente e financeiramente. Além disso, garante

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 241.

³⁰⁰ Ibidem, p. 241.

³⁰¹ MENDONÇA, Priscila Faricelli. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação?, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 399-450. p. 403.

³⁰² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 125.

³⁰³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 98.

³⁰⁴ BARROSO, op. cit. p. 246.

vitaliciedade, irredutibilidade de remuneração e inamovibilidade dos magistrados. Porém, em prol da harmonia dos Poderes, aplica-se os pesos e contrapesos, estando o Judiciário submetido ao controle do Conselho Nacional de Justiça³⁰⁵.

No mais, a constitucionalização de regras e princípios, dentre eles os direitos sociais, ampliaram o exercício do judiciário, contribuindo também para uma ampliação em seu papel político, pois se faz capaz de executar políticas públicas³⁰⁶.

Assim, o Judiciário é órgão do Estado capaz de fiscalizar atos da Administração Pública quando provocado, podendo inclusive implementar políticas públicas, garantindo o cumprimento dos direitos fundamentais³⁰⁷.

Diante do relatado, temos hoje, que o constitucionalismo conferiu uma ascensão do Poder Judiciário, ao ampliar sua jurisdição constitucional, sua capacidade de judicialização sobre questões sociais, morais e políticas, concedendo assim espaço para o ativismo judicial³⁰⁸, ou seja, o Poder Judiciário possui o poder para efetivar valores e princípios constitucionais, resultando em processos interpretativos e em uma ampliação na interpretação constitucional, de forma que intensifica o ativismo judicial³⁰⁹.

Nesse contexto, de acordo com Roberto Barroso³¹⁰:

[...] além das fontes convencionas, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o intérprete constitucional deverá ter em conta considerações relacionadas à separação dos Poderes, aos valores éticos da sociedade e à moralidade política. A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassava a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar evolutiva, leitura moral da Constituição e interpretação pragmática inserem-se nessa ordem de considerações.

³⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246.

³⁰⁶ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1-32. p. 15.

³⁰⁷ ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como controle de constitucionalidade e seus limites, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 183-212. P. 200.

³⁰⁸ BARROSO, op. cit. p. 258.

³⁰⁹ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 116-131, semestral, 2015. p. 120.

³¹⁰ BARROSO, op. cit. p. 273.

Ainda no que tange a Constituição de 1988, esta definiu o papel do Supremo Tribunal Federal como uma Corte constitucional cuja competência primordial é a guarda da Constituição³¹¹, devendo versar sobre assuntos que envolvem os dispositivos constitucionais considerados importantes para a sociedade, de relevante interesse jurídico pátrio³¹².

Além disso, a Suprema Corte presta jurisdição ordinária quando atua solucionando conflitos infraconstitucionais em grau de recurso e conflito de competência entre tribunais. Mas seu principal destaque é na atuação como jurisdicionado constitucional, interpretando e aplicando a Constituição tanto em processos in abstracto como in concreto³¹³.

Não bastasse, a Constituição ampliou os instrumentos processuais para a proteção jurídica constitucional, instituindo, além do habeas corpus, do mandado de segurança e da ação de inconstitucionalidade, outras formas de acesso popular à jurisdição como a ação direta de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, entre outros³¹⁴.

Das decisões ativistas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal podemos destacar três, mencionadas por Roberto Barroso³¹⁵:

a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador — como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município — como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.

³¹¹ ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 394.

³¹² COSTA, Suzana Henriques da. O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: Uma Breve Análise de Alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 451-466. p. 455.

³¹³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 24-47, semestral, 2015. p. 35.

³¹⁴ ALVES JUNIOR, op. cit. p. 396.

³¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 241.

Para Silva Ramos³¹⁶, a atividade atípica do STF propulsiona o ativismo judicial, isto é:

[...] o exercício pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro de competências normativas que, se não confrontam com o princípio da separação dos Poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento.

São hipóteses como essas supramencionadas que desviam os juízes e tribunais de suas atribuições típicas de aplicar o direito presente no ordenamento jurídico, para aproximá-los da criação de um direito próprio³¹⁷.

Com ressalta, são os juízes e tribunais os competentes ao controle de jurisdição, pois a Constituição manteve um modelo misto de controle, isto é, o ordenamento brasileiro adotou tanto o sistema do controle concentrado de constitucionalidade, de competência do STF, como o controle difuso de constitucionalidade, atribuindo competência aos juízes e tribunais, conferindo a ambos a legitimidade de analisar atos do legislativo e executivo³¹⁸.

Nesse contexto, de acordo com Luiz Streck³¹⁹: “[...]a atuação dos juízes e dos tribunais passa a ser compreendida de dois modos: como judicialização da política e/ou ativismo judicial.”.

Ocorre que vivenciamos hoje no Brasil, um Judiciário carregado de obscuridade e insegurança, no qual a decisão de um determinado conflito encontra respaldo em uma lógica muito mais lotérica do que jurídica, tendo em vista a pluralidade de posicionamentos conflitantes para questões semelhantes. Para Thomson³²⁰, se trata de um “[...] total descompromisso de nossa magistratura não só com questões pretéritas, mas também com a própria lei.”.

Dito isso, os juízes e tribunais devem estabelecer critérios gerais para análise de casos, para que possa gerar segurança jurídica das decisões de forma que

³¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 294.

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 241.

³¹⁸ VERISSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e ativismo judicial*, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 52-60, semestral, 2015. p. 53.

³²⁰ REUTERS, Thomson. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*, 2015. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 30 ago. 2015. p. 10.

legítima sua atuação, utilizando para isso da apreciação dos problemas ora em análise e da argumentação jurídica para motivar a decisão tomada³²¹.

Assim, diante da atual conjuntura, temos que o Poder Judiciário juntamente com o STF possui um destaque no que tange a transformar a realidade das mais diversas diretrizes da vida social, ou seja, o Judiciário vem abrindo o seu espaço no campo político, e não mais como mero aplicador das leis, pois, ao dar concreção aos comandos constitucionais, transforma os agentes públicos em atores corresponsáveis pelas atividades previstas no ordenamento constitucional³²².

³²¹ CORTEZ, Luís Francisco Aguillar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.285-307. p. 304.

³²² COSTA, Suzana Henriques da. O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: Uma Breve Análise de Alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 451-466. p. 457.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, tem-se que o ativismo judicial encontra espaço no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição de 1988 consagrou os direitos sociais e, por se tratar de normas de cunho programático, precisam da participação do Estado para sua concretização.

Nesse sentido, diante da justiciabilidade dos direitos sociais, faz-se necessária a participação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, protetor e defensor da Constituição Federal.

Assim, podemos dizer que a constitucionalização do direito interfere na atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Em tal perspectiva, o Judiciário estaria apto a interpretar e aplicar normas de acordo com a Constituição, podendo inclusive decidir sobre condutas omissivas ou comissivas do Executivo e do Legislativo, quando não estejam de acordo com o ordenamento constitucional.

Analisando as normas constitucionais, depreendemos a normatividade dos princípios, devendo o intérprete ponderar a utilização do princípio em relação ao fato para dar concretude às normas princípios, uma vez que não consagram condutas determinadas como as normas regras fazem.

Dessa interpretação das normas constitucionais, podemos extrair decisões capazes de efetivar direitos sociais que são compatíveis com o Estado democrático de direito, porém, também são proferidas decisões negativas, contrárias a um estado democrático e à segurança jurídica, pois, a interpretação do juiz não deixa de ser subjetiva, uma vez que o conceito de justiça é relativo.

Posto isso, é essencial que os juízes e tribunais apliquem as normas fundamentadamente, principalmente em se tratando de normas de conteúdo aberto, evitando, assim, a discricionariedade judicial das decisões.

Apesar dos juízes e tribunais serem bem intencionados na busca da efetivação da Constituição brasileira, cada vez mais nos deparamos com decisões concedendo prestações sociais com base nas normas constitucionais, carecendo, no entanto, de interpretação racional ou argumentos jurídicos razoáveis para tanto.

A atuação do Poder Judiciário deve observar e respeitar a separação dos poderes, não incubindo a este Poder concretizar as políticas sociais, exceto quando houver descumprimento, abuso de poder ou ilegalidade por parte do órgão competente.

Tal limitação é respaldada na falta de legitimidade do Poder Judiciário de proferir decisões de cunho político, uma vez que não foram eleitos pelo povo, democraticamente, ingressando na magistratura por meio de concurso público, sem participação popular, como ocorre no Poder Legislativo e Executivo.

Cabe salientar o despreparo do intérprete para exercer demandas referentes a políticas públicas, pois são vistas como demandas individuais em casos concretos, esquecendo-se, mesmo involuntariamente, de que suas decisões acarretam consequências que muitas vezes interferem na sociedade como um todo de maneira negativa, como ao desviar verba de determinado orçamento público para atender a demanda individual.

Partindo desta análise, a atuação do Judiciário na implementação das políticas públicas está associada à concretização dos direitos previstos na Constituição, devendo, no entanto, em nome da separação dos poderes, da segurança jurídica e da democracia, observar os limites impostos a essa função, de forma que todas as decisões proferidas deverão ser fundamentadas adequadamente aos princípios e regras constitucionais, para, assim, afastar qualquer traço de discricionariedade e subjetividade do intérprete.

Conclui-se então, que o ativismo judicial não está necessariamente vinculado a más decisões. É certo que possui seu lado positivo, pois possibilita a concretização dos direitos previstos na Carta Magna. Por outro, também reflete negativamente, na medida em que, permitindo a abertura e a ampliação do Poder Judiciário para se manifestar em matérias que, em tese, são de cunho político, abre-se espaço para decisões mal fundamentadas, gerando instabilidade jurídica, política e econômica, sendo isso um mal para o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como controle de constitucionalidade e seus limites, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 183-212.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 24-47, semestral, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 20. Impetrante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil; Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Celso de Mello. Tribunal Pleno, 19 de maio de 1994. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748172/mandado-de-injuncao-mi-20-df>. Acesso em: 23 set 2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 00000407720114013800. Apelante: União Federal e Estado de Minas Gerais. Quinta Turma, Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 23 set

2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Embargos Infringentes na Apelação Cível, EINFAC: 208870 RN 2000.05.00.012237-5. Tribunal Pleno, Relator: Desembargador Federal Jose Maria Lucena, 11 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158650/embargos-infringentes-na-apelacao-civel-einfac-208870-rn-20000500012237-5>>. Acesso em: 23 set 2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/ Reexame Necessário, APELREEX: 481 PE 2007.83.04.000217-8. Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Edílson Nobre, 30 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/899446/apelacao-reexame-necessario-apelreex-481-pe-20078304000217-8>>. Acesso em: 23 set 2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível, AC: 200751018150899. Oitava Turma, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Durlund, 09 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 23 set 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 3-22, semestral, 2015.

CORTEZ, Luís Francisco Aguillar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.285-307.

COSTA, Suzana Henriques da. O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: Uma Breve Análise de Alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 451-466.

CUNHA, Alexandre Sánches. Teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Juízes não são autômatos, também manifestam percepções subjetivas do justo*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-24/juizes-nao-sao-automatos-tambem-manifestam-percepcoes-subjetivas>> Acesso em: 17 ago. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA, *Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-cria%20a7%20da-Sociedade-das-Na%20es-at%201919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo Judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 89-98, semestral, 2015.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Anarquismo judicial e segurança jurídica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 480-498, semestral, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 125-150.

GUEDES, Néviton. *O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção*, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em: 06 abril 2015.

LAGE, Lívia Regina Savergnini Bissoli. Políticas Públicas como Programas e Ações para o Atingimento dos Objetivos Fundamentais do Estado, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 151-182.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Ativismo Judicial e Judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 348-359, semestral, 2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Priscila Faricelli. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação?, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 399-450.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. v.1. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas Públicas e Ativismo Judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 209-216, semestral, 2015.

PENIDO, Flávia Ávila; GONÇALVES, Cláudia de Oliveira. O restabelecimento do exame criminológico por meio da Súmula Vinculante n. 26: uma manifestação do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 622-634, semestral, 2015.

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 63-85, semestral, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

REUTERS, Thomson. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*, 2015. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 30 ago. 2015.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 116-131, semestral, 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 170-187, semestral, 2015.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da Saúde, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 353-386.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política, In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1-32.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. *José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB*, 2013. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose->

afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em 10 set. 2015.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 52-60, semestral, 2015.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e ativismo judicial*, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo:Malheiros, 2002.