

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO

Coordenação
Lilian Rose Lemos Rocha
Israel Rocha Lima Mendonça Filho
Ricardo Victor Ferreira Bastos
José Eduardo Martins Cardozo

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONTEMPORÂNEO

Organização
Daniel Ribeiro Dos Santos Correa
José Ramalho Brasileiro Junior

Brasília
2019

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Documento disponível no link

repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : direito administrativo contemporâneo / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2019.

122 p.

ISBN 978-85-7267-019-7

1. Direito Administrativo. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 342.9.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

SUMÁRIO

O ATIVISMO JUDICIAL COMO ELEMENTO DESESTRUTURANTE DO EQUILÍBRIO: OS PODERES NO CENÁRIO BRASILEIRO MODERNO	04
<i>MARCO AURÉLIO TORRES MÁXIMO</i>	
A CRISE NO ESTADO DE DIREITO	18
<i>NADYNE RHYLLARY ALMEIDA LEAL</i>	
ATIVISMO JUDICIAL E OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO INOVADORA DO PODER JUDICIÁRIO	32
<i>DAYANY DA SILVA TEIXEIRA</i>	
O ATIVISMO JUDICIAL, NEOCONSTITUCIONALISMO E A REVOLUÇÃO JUDICIARISTA	50
<i>JOÃO BOSCO EVANGELISTA NETO</i>	
O APARENTE CONFLITO NA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS .	64
.....	
<i>RALF DE MATOS SIQUEIRA</i>	
AGÊNCIAS REGULADORAS: SUPERAÇÃO DA TRADICIONAL TRIPARTIÇÃO DE PODERES E CONSTITUCIONALIDADE DO SEU PODER NORMATIVO	83
<i>THIAGO RODRIGUES MARTINS</i>	
ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES GERAIS	106
<i>ANA CAROLINA VIEIRA LIMA FERNANDES</i>	

O ATIVISMO JUDICIAL COMO ELEMENTO DESESTRUTURANTE DO EQUILÍBRIO: OS PODERES NO CENÁRIO BRASILEIRO MODERNO

JUDICIAL ACTIVISM AS A DESTABILIZING ELEMENT OF EQUILIBRIUM: THE POWERS IN THE MODERN BRAZILIAN SCENARIO

Marco Aurélio Torres Máximo¹

RESUMO

A velocidade dos acontecimentos atuais, sobretudo aqueles ligados à essência da atividade política estatal, nos faz refletir sobre premissas conceituais já há muito estabelecidas e que não haviam sido objeto de profunda ponderação, até então. Hodiernamente, somos bombardeados com as mais variadas notícias e, por muitas vezes, com circunstâncias que colocam em risco a própria existência de um estado democrático de direito, em sua acepção legal e doutrinária. O princípio da separação de poderes, como elemento estruturante de um estado democrático de direito, é constantemente colocado à prova, mormente quando determinado Poder, valendo-se de lacunas legais, invade competência de poder alheio para impor sua vontade própria. O presente estudo busca esmiuçar o ativismo judicial e apresenta-lo como elemento de desequilíbrio de separação dos poderes, ao passo que, nos dias atuais, há uma verdadeira supremacia do Poder Judiciário face aos demais, condição que, por óbvio, compromete a independência e harmonia dos três poderes.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Ativismo Judicial. Supremacia do Poder

Judiciário.

ABSTRACT

The speed of current events, especially those linked to the essence of state political activity, makes us reflect on conceptual premises that have long been established and have not been the subject of profound consideration, so far. We are often bombarded with the most varied news and often with circumstances that compromises the very existence of a democratic state of law in its legal and doctrinal sense. The principle of the separation of powers, as a structuring element of a democratic state of law, is constantly put to the test, especially when a certain power, using legal loopholes, invades the power of others to impose their own will. The

¹ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

present study seeks to mitigate judicial activism and presents it as an element of an imbalance of separation of powers, whereas, at present, there is a real supremacy of the Judiciary Power comparing to others, a condition that, of course, compromises the independence and harmony of the three powers.

Keywords: Democratic Law State. Judicial Activism. Supremacy of Judiciary.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É de todos sabido que o Brasil tem seu regime de Estado especificado logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, classificando-o como um Estado Democrático de Direito e consagrando como princípios fundamentais a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e pluralismo político, a saber:

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

- a dignidade da pessoa humana;

- 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.

Por Estado Democrático de Direito, então, o Constituinte definiu como sendo aquele em que *todo o poder emana do povo*, além de apresentar características próprias, tais como a soberania popular, democracia representativa e participativa e, sobretudo, um Estado Constitucional, ou seja, que possui uma constituição elaborada e voltada aos interesses da população.

Como característica marcante, Friedrich Von Hayek defende a existência de normas fixas, claras e estáveis, ressaltando a previsibilidade de condutas, firmadas por uma norma constitucional pré-estabelecida, de modo que os indivíduos possam pautar por elas sua liberdade de agir:

A característica que mais claramente distingue um país livre de um país submetido a um governo arbitrário é a observância, no primeiro, dos grandes princípios conhecidos como o Estado

de Direito. Deixando de lado os termos técnicos, isso significa que todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas - as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas atividades individuais com base nesse conhecimento²

No Estado Democrático de Direito há um compromisso em se consagrar a supremacia constitucional, afirmando-se valores fundamentais da pessoa humana, assim como a organização e funcionamento do Estado. Esta consagração perpassa, principalmente, pela adequada separação de poderes, em um modelo onde existem mecanismos de controles recíprocos para cada um deles.

Objetivamente, para que o Estado possa se assegurar de sua condição de democracia, é imperioso que os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) estejam em plena harmonia, o que significa dizer que objetivem sempre o bem estar social, mas não extrapolem o seu limite de competência invadindo esfera alheia, exercendo, inclusive, o sistema de freios e contrapesos, onde cada poder se incumba de promover o controle externo do outro.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Um dos pilares da democracia reside exatamente na separação dos poderes, desenvolvida embrionariamente por Montesquieu³, que prevê a autonomia dos poderes como um pressuposto de validade para o Estado Democrático. A ideia de que o poder deve ser controlado pelo próprio poder pressupõe que as atitudes dos atores envolvidos no palco de decisões sejam interligadas, com uma clara divisão nas competências de cada um deles, e uma interdependência que garanta uma gestão compartilhada e homogênea.

Dessa forma, as ações do Executivo, Legislativo e do Judiciário devem ser, em tese, autônomas e complementares. O obstáculo à atuação legítima de qualquer um dos entes deve pressupor um abuso de seu poder institucional, sendo válido aos demais, portanto, a interferência para buscar um retorno ao *status quo ante*.

² HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990, p. 96.

³ MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

Partindo desta visão, o poder no Estado Moderno, e particularmente no Brasil, divide-se em Legislativo (expressão máxima do poder popular, cujos representantes efetivamente criam as leis e regras que serão dirigidas a todos); Executivo (órgão responsável pela execução das leis e direção central da nação, também escolhido pelo povo), e Judiciário (repositório da legislação, com função de interprete e guardião das normas e princípios norteadores do Estado Democrático de Direito).

Mais moderno e aprofundado, o conceito dado por Canotilho pressupõe não apenas uma divisão horizontal, como a já definida acima, mas também uma separação vertical dos poderes, como princípio básico do federalismo e a separação em União, Estados e Municípios. A análise retoma a ideia funcional dos entes de governo como complexos orgânicos, com regimes de competências definidos, estas sendo separadas e interdependentes.⁴

A separação dos poderes se justifica exatamente para evitar a concentração de poder nas mãos de uma só pessoa. Sua instituição é a transição do estado absolutista para um estado liberal, caracterizado modernamente pelo Estado Democrático de Direito. Este apartamento das atividades, entretanto, não é rígido, havendo interferências recíprocas em que cada Poder, além de exercer suas competências, também influencia nos demais.⁵

É que cada órgão do Poder exerce, primariamente, uma função, e, secundariamente, as duas outras. São funções primárias do Legislativo, Executivo e Judiciário as de legislar, executar (administrar) e julgar, respectivamente.

Como funções secundárias do Legislativo, temos o executar e o julgar. Dispõe-se no art. 52, inciso I, da Constituição que cabe ao Senado processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República por crimes de responsabilidade. Já o inciso XIII do mesmo artigo estabelece como competência exclusiva do Senado a

⁴ TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. **Separação dos poderes e democracia no Mercosul: constitucionalismo comparado, histórico e atualidades**. Revista de Integração Latino Americana. Santa Maria: UFSM, 2005. p. 150.

⁵ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.50.

sua organização, funcionamento e transformação e criação de cargos — atividades de cunho administrativo.

Similarmente, como funções secundárias do Executivo temos o legislar e o julgar. Legisla-se provisoriamente, como disposto pelo art. 62, ou de forma delegada, como no art. 68, *caput* e § 2º. Já o julgar se circunscreve ao contencioso administrativo, deferindo ou indeferindo pedidos e apreciando defesas e recursos. Não se trata de uma jurisdição no sentido estrito, mas de uma atividade que visa solucionar um litígio, de qualquer forma.

Por fim, como funções secundárias do Judiciário temos o executar e o legislar. Administra similarmente ao Legislativo, organizando cargos, e legisla editando regimentos internos, com ambas disposições garantidas pelo inciso I do art. 96. Também podem-se chamar de legislação as súmulas vinculantes do STF, do art. 103-A da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, a atual conjuntura brasileira desenha um quadro diferente, de absoluta miscelânea e avocação de competência alheia. A utilização indiscriminada de Medidas Provisórias pelo Executivo, a instalação de CPI's pelo Legislativo e a utilização de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN), entre outras, pelo Judiciário, aponta para uma interferência mútua nos círculos de poder dos atores estatais.

Cabe ressaltar que nenhuma das atividades acima é ilegal ou inédita. Todas têm amparo legal e são instrumentos previstos na atuação do Estado. O que desperta interesse no momento é que a utilização desses mecanismos excepcionais se tornaram regra, sobretudo se analisarmos a postura adotada pelo Poder Judiciário na última década, se tornando o responsável pela palavra final em questões essencialmente legislativas ou de cunho estritamente executivo.⁶

⁶ LISBOA, Alan Ricardo Fogliarini. **Revisitando Montesquieu: uma análise contemporânea da teoria da separação dos poderes**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2670>. Acesso em abr 2019.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

Dentro dessa perspectiva de estudo, o ativismo judicial se enquadra naquela modalidade em que o Poder Judiciário, mesmo que provocado, adota postura ativa e extrapola sua competência originária, vindo a decidir questões essenciais dos demais poderes.

A conceituação do termo a ativismo judicial não é tarefa fácil, sobretudo se considerarmos os critérios subjetivos que implicam no reconhecimento, ou não, de determinada postura tida por ativista.

O dicionário Aurélio, inclusive, apresenta várias definições para explicar o conceito de ativismo, definindo-o como sendo *a transformação da realidade por meio de ação prática; a doutrina ou argumentação que prioriza a prática efetiva de transformação da realidade em oposição à atividade puramente teórica*, além de apresentar a palavra militância como expressão sinônima.

Como se observa, o termo ativismo carrega consigo uma ideia de atividade, de movimento ativo, de se fazer algo. Voltando a expressão para o campo jurídico, o ativismo judicial costuma ser designado como uma postura proativa do Poder Judiciário, interferindo de maneira regular e significativa nas opções políticas e critérios de oportunidade e conveniência dos demais poderes.

O ativismo judicial se expressa mediante forte carga política, um certo pendor metassistemático se manifesta enfaticamente e se torna mais perceptível do que o emprego previsível da tecnicidade subsuntiva que o exercício jurisdicional, em síntese, deve descrever para realizar sua função institucional clássica.⁷

A conceituação objetiva do ativismo judicial, como se pode observar, é de extrema complexidade, face à subjetividade que circunda o enquadramento de um comportamento como ativo ou simplesmente estrito cumprimento de dever jurisdicional.

⁷ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opinioao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>>. Acesso em abr 2019.

Porém, algumas características são capazes de apontar para a atuação ativista de determinada decisão judicial, tal como reconhece Willian Marshall⁸, que enumera um conjunto de indicadores de tal postura: 1) o contra-majoritarismo; 2) o não-originalismo; 3) a ausência de deferência perante os precedentes judiciais; 4) o ativismo jurisdicional; 5) a criatividade judicial; 6) ativismo remedial e 7) o ativismo partidário.

Aludido autor define o indicador relativo ao ativismo jurisdicional como sendo a mera recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes.

Ocorre que, em alguma medida, toda vez que um magistrado decide ele adota uma postura ativista, pois cria um direito, ainda que somente para aquelas partes litigantes em determinado processo, posto que a própria atividade jurisdicional prescinde de uma valoração pessoal de certa norma, da interpretação e alcance de certo regramento legal.

Tal reflexão foi, inclusive, objeto de mensagem enviada ao Congresso Americano em 08 de dezembro de 1908, na qual o então presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt, discorreu sobre a criação do direito e a participação ativa dos magistrados em sua construção:

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas.⁹

⁸ MARSHALL, William P. **Conservatives and the seven sins of judicial activism**. In: University of Colorado Law Review. Forthcoming, vol. 73, September, 2002.

⁹ Mauro Cappelletti. **Juízes legisladores?** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 5.

Há, dentro dessa linha de raciocínio criativo, quem defenda que o ativismo nada mais seria do que uma crítica pura à própria construção do direito, tal como o professor Inocêncio Mártires Coelho¹⁰:

Assim vistas as coisas, não temos receio em dizer que aquilo que se chama, criticamente, de ativismo judicial não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a sua indispensável e assumida participação na tarefa de construir o direito de mãos dadas com o legislador, acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas.

Pensando bem, ativismo é, apenas, uma palavra nova com que se critica a velha criação judicial do direito.

A despeito da posição contrária, ilustrada acima, é de fácil visualização que, em muitos casos, o judiciário, a despeito de possuir a prerrogativa institucional de interpretação das normas jurídicas e própria criação do direito, vem impondo sua própria vontade e suplantando os critérios de oportunidade e conveniência dos demais poderes, tal quando torna nula uma indicação para exercício do cargo de Ministro de Estado, por exemplo.

Ora, a análise acerca da conveniência de determinado nome é prerrogativa exclusiva de quem detém o poder da livre nomeação, como o Chefe do Executivo no exemplo acima, não cabendo ao Poder Judiciário decidir quem seria ou não apto ao exercício do cargo.

Inúmeros são os exemplos de decisões judiciais que carregam esse viés ativista, tal quando o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a fidelidade partidária, definiu que o mandato pertenceria não ao político, mas sim ao seu partido. Em exercício de função legislativa típica, cria uma nova modalidade de perda de mandato parlamentar para além daquelas já previstas na própria lei.

A Súmula Vinculante é outro exemplo claro de criação legislativa pelo Poder Judiciário, que, a partir de determinado entendimento judicial, estabelece uma norma extensiva aos demais poderes.

¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito? Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em abr 2019.

O exercício da atividade executiva típica, pelo Poder Judiciário, se observa quando a discricionariedade do uso de determinada verba pública pelo Executivo é comprometido por uma decisão judicial que determina o custeio de determinado tratamento médico ou define qual seria a melhor opção de aproveitamento da receita.

Para o tema proposto, é importante ficar claro que as questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas, em última instância, por órgão do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais; o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral¹¹. Ou seja, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro balcão de disputa de poder político.

A tese defendida daqui em diante é a de que o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, no sentido acima adotado, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os Poderes.

4 A ATUAL SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO

Os exemplos ilustrados acima são suficientes para se compreender que, atualmente, o princípio da separação de poderes está em cheque, ao passo que a prerrogativa de dar a última palavra, sobretudo para invalidar decisões do Executivo ou Legislativo, faz com que o Poder Judiciário ostente qualidade de Super-Poder.

É exatamente essa possibilidade de controle mútuo do exercício de poder, respeitada a sua independência, que assegura que não haverá qualquer espécie de abuso, no que se denominou por sistema de freios e contrapesos.

O sistema de freios e contrapesos é entendido como o complemento natural e ao mesmo tempo garantidor da separação de poderes, possibilitando que cada poder, no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em abr 2019.

controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação.

No cenário contemporâneo, se o Chefe do Executivo, em ato tipicamente de administração e de sua competência privativa, opta por indicar determinado nome para exercer o cargo de Ministro de Estado, tal como previsto no art. 84, I, da Constituição Federal, não caberia ao Poder Judiciário, em qualquer hipótese, adentrar na seara dos critérios adotados pelo Executivo para formação de sua convicção.

Jamais poderia o Judiciário valorar as razões que levaram àquela escolha, pois a própria disposição constitucional estabeleceu aquela atividade como sendo privativa do Executivo, ou seja, há uma clara diminuição do Executivo pelo Judiciário que, aqui, viola competência privativa de outro poder.

Ainda, quando o Judiciário estabelece nova modalidade de perda de mandato, tal como visto na problemática sobre a fidelidade partidária, no exercício de sua função típica judicante cria uma nova norma, ou seja, exerce atividade tipicamente legislativa.

No fundo, as grandes divergências políticas e a disputa pelo poder faz com que tudo quanto seja decidido pelo Executivo e Legislativo se tornem objeto de posterior validação pelo Poder Judiciário, mas o decidido pelo Judiciário não encontra qualquer controle de validação no exercício de sua função. Ou seja, o Judiciário “controla” os atos do Executivo e Legislativo, mas não se submete ao controle de mais ninguém.

E é exatamente essa ausência de controle externo de validação de sua atividade que faz com que o Judiciário carregue consigo a natureza de Super-Poder.

5 O COMPROMETIMENTO DA DEMOCRACIA GERADO PELO ATIVISMO JUDICIAL

Uma das principais críticas feitas ao ativismo judicial e à judicialização da política é a invasão injustificada do Poder Judiciário no domínio dos outros Poderes

Estatais, como uma prática antirrepublicana e que afronta o princípio da separação de poderes que, por sua vez, desnatura o estado democrático de direito.¹²

Há uma flagrante ruptura institucional da democracia quando o Poder Judiciário define o que deve ser feito pelo Executivo, tal quando impõe a implementação de determinada política pública ou o custeio de um medicamento ou tratamento de saúde, ou quando estabelece critérios normativos a partir de suas decisões, tal como se viu no julgamento do caso de nepotismo e nas hipóteses de Súmulas Vinculante.

Não é correto asseverar que o Poder Judiciário deva preponderar sobre o Poder Legislativo ou Executivo. Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização.

Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar se passou do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se deve passar ou é necessariamente bom que se passe de um para outro.¹³

O ativismo, da forma como se apresenta hodiernamente, ruma para o autoritarismo, na medida em que o Poder Judiciário, ao invés de guardião da legalidade constitucional, flerta perigosamente com teorias totalitárias.

Pretender retirar a legitimidade do Poder Legislativo para decidir o que é melhor ou pior para a sociedade, é retirar a voz do povo, é subtrair a democracia e dedicar sua análise a um grupo seletivo de iluminados, como já alertava Kelsen há quase um século:

¹² SARMENTO, Daniel. O Neo-constitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Fórum. Págs. 1-27.

¹³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18-19.

Permitir que uma maioria de homens ignorantes decida, em vez de reservar a decisão ao único que, em virtude de sua origem ou inspiração divina, tem o conhecimento exclusivo do bem absoluto – não é esse o método mais absurdo quando se acredita que tal conhecimento é impossível e que, conseqüentemente, nenhum indivíduo isolado tem o direito de impor sua vontade aos outros. O fato de os juízos de valor terem apenas uma validade relativa – um dos princípios básicos do relativismo filosófico – implica em que os juízos de valor opostos não estão nem lógica nem moralmente excluídos. Um dos princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros, uma vez que todos são iguais e livres. A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e de pensamento, componentes tão característicos de uma democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos. Tal crença leva irresistivelmente – e sempre tem levado – a uma situação na qual aquele que pretende possuir o segredo do bem absoluto reivindica o direito de impor sua opinião e sua vontade aos outros, que estarão incorrendo em erro se com ele não concordarem. E errar, segundo essa concepção, é uma falta e, portanto, passível de punição.¹⁴

E neste sentido, já que é necessário que o povo seja representado e que sua vontade seja exteriorizada por um discurso único, não há como vislumbrar que uma única pessoa, investida de jurisdição, possa subtrair o que a vontade da maioria estabeleceu.

É incontroverso que a democracia, seja a considerada como o governo da maioria, seja a considerada como a capacidade de fazer coisas, deve primar pelo foco no que for coletivo, naquilo em que o coletivo for igual. Em outras palavras, se a política pública ofende determinada pessoa, é desdobramento lógico que ofenderá a todas as pessoas que forem iguais a ela.

Por conseguinte, não há que se falar em superioridade ou legitimidade de determinado poder da república, especialmente se esta pretensa superioridade estiver lastreada em critérios de conhecimento científico-acadêmico e, portanto, mais distante da massa.

Nunca é demais lembrar que a Constituição brasileira estabelece que todo o poder emana do povo e que este se manifesta, primordialmente, por seus

¹⁴ KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202.

representantes. Quando estes representantes editam leis, é o próprio povo que estabelece a cogência destas normas de direito.

Como forma de se evitar o rompimento da estrutura estatal, seria imperioso uma atuação mais contida do Poder Judiciário, não se furtando de sua responsabilidade legal de julgar e decidir os casos que lhe são postos, mas dentro de uma baliza segura que não viesse a invadir a competência privativa dos demais poderes.

Não se trata de deixar de apresentar uma solução jurídica ao caso posto, mas sim evitar interpretações extensivas e de efeito individual, ao arrepiar daquilo previamente estabelecido democraticamente.

Sem prejuízo dessa atuação mais contida, o Estado há de estabelecer mecanismos de controle externo da atividade judicial, invalidando o auto controle que se mostra cada dia mais falho, sob pena de comprometer a própria estrutura democrática de separação de poder.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “*ciência do direito*” e o “*direito da ciência*”. Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18-19.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em abril de 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em abril de 2019.

HAYEK, Friedrich August Von. *O caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990, p. 96.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202.

LISBOA, Alan Ricardo Fogliarini. *Revisitando Montesquieu: uma análise contemporânea da teoria da separação dos poderes*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2670>. Acesso em abril de 2019.

MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. In: *University of Colorado Law Review*. Forthcoming, vol. 73, September, 2002.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destroi-estadodemocratico-direito>>. Acesso em abril de 2019.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.50.

SARMENTO, Daniel. *O Neo-constitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Fórum.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. *Separação dos poderes e democracia no Mercosul: constitucionalismo comparado, histórico e atualidades*. Revista de Integração Latino Americana. Santa Maria: UFSM, 2005. p. 150.

A CRISE NO ESTADO DE DIREITO

THE CRISIS IN THE RULE OF LAW

Nadyne Rhyllary Almeida Leal¹

RESUMO

O presente artigo trata a respeito do modelo de Estado adotado, o Estado de Direito, fazendo uma análise acerca da sua origem, os fatos que levaram ao seu surgimento, bem como os seus fundamentos e objetivos. Diante, do atual sentimento de não representatividade dos poderes perante a população, bem quanto a sensação de que o Estado não tem cumprido com suas competências, evidencia-se uma crise do atual modelo de Estado. Pretende-se observar em que aspectos essa crise tem se mostrado, bem como refletir quanto à aplicabilidade do atual sistema, se ainda se mostra atual e viável.

Palavras-chave: Estado, Estado de Direito, crise

ABSTRACT

This article deals with the state model adopted, the rule of law, making an analysis about its origin, the facts that led to its emergence, as well as its foundations and objectives. In the face of the current feeling of non-representativeness of the powers vis-à-vis the population,¹ as well as the feeling that the State has not fulfilled its powers, a crisis of the current state model is evident. It is intended to observe in what aspects this crisis has been shown, as well as to reflect on the applicability of the current system, if it is still current and viable.

Keywords: State, Rule of Law, crisis.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho –UNIFSA; Aluna do Curso de Pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília - UniCeub.

1 INTRODUÇÃO

O Estado como conhecemos hoje é fruto de uma construção histórica de séculos e que passou e passa por constantes modificações a depender do desejo e das necessidades da sociedade a cada momento no tempo.

O modelo de Estado que se tem atualmente é o chamado Estado de Direito, ou Estado Democrático de Direito, que, como veremos a seguir, teve suas origens após a revolução francesa e que tem alguns aspectos semelhantes com ela, tais como a igualdade e liberdade.

Um dos grandes questionamentos a todos os modelos de Estado já existente consiste em que medida, e qual o limite para a interferência direta ou indireta do Estado na vida dos cidadãos. Em alguns modelos essa interferência mostrou-se exagerada e trouxe prejuízos a sociedade, em outro modelo uma abstenção total de participação do Estado na vida da sociedade revelou-se uma desigualdade cruel.

O atual modelo propõe em certa medida uma intervenção do Estado, regulando as relações interpessoais, mas que assegure aos membros da sociedade uma liberdade de atuação, uma liberdade comedida.

No entanto o Estado de Direito quando foi pensado e concebido há tempos não poderia calcular todas as evoluções da sociedade, bem como suas futuras necessidades.

Atualmente o estado como um todo tem sofrido duras críticas quanto a atuação de seus vários poderes, os recentes escândalos de corrupção no âmbito da administração pública, bem como a ineficácia das políticas de governo em solucionar os problemas urgentes da sociedade geraram uma descrença no poder de reger do Estado, tudo isso nos traz indícios de uma crise do Estado de Direito.

No presente artigo por meio de pesquisa bibliográfica, pretende-se fazer um apanhado geral quanto ao Estado de Direito. Em um primeiro momento será abordado um breve histórico acerca da sua origem, e os fatores que levaram ao seu surgimento, bem como seus fundamentos basilares. Logo após será discutido como

essa crise tem se evidenciado e em que aspectos fatos ocorridos recentemente ilustram as falhas desse atual sistema.

Tal análise mostra-se importante uma vez que nos leva a refletir quanto ao atual modelo de Estado, se ele ainda permanece útil e aplicável as necessidades da sociedade moderna.

2 O ESTADO DE DIREITO

Sabe-se que o Estado é formado pela conexão entre poder político e direito, não há entretanto um conceito definido e unanime, o que é por todos aceitos é que existe por uma convenção humana, se condicionando como uma pessoa jurídica abstrata.

Sahid Maluf², nos traz um simples conceito “o Estado é o órgão executor da soberania nacional”, formado, pela teoria clássica, por território, povo e soberania. No entanto o Estado como se apresenta hoje é fruto de uma construção social e sofreu consideráveis mudanças ao longo do tempo até se tornar no que chamamos hoje de Estado de Direito.

Diante disso faz mister uma breve análise quanto a sua origem e evolução.

Para entendermos o nascimento do Estado de Direito necessário compreender a partir da origem do Estado Liberal. Este teve sua gênese no contexto da revolução francesa, quando a França oprimida pelo antigo regime absolutista não suportava mais a excessiva intervenção do poder público sobre o particular, o que criara um ambiente de insegurança jurídica.

Nesse contexto de despotismo advindo do poder surgiu um levante em busca de mudança, liderado pela burguesia, a revolução francesa acaba por romper com um Estado opressor e absoluto, com o famoso lema *Liberté, Egalité, Fraternité* (Liberdade, igualdade, fraternidade).

A partir de então o Estado é desconvidado a participar das relações entre particulares e de intervir na economia, passa a ser ainda mais abstrato e distante da realidade social. De interventor absoluto passa à alheio as relações privadas.

² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

O professor Leonardo Poli³ ensina que:

O modelo de Estado Liberal consagrava a separação absoluta do direito público e do privado. Nesse contexto as partes pactuavam livremente as regras contratuais de acordo com a sua vontade. O Estado não deveria intervir nas relações privadas porque o homem não deveria se submeter a nenhuma autoridade exterior.

Essa intensa liberdade proporcionou, em contramão do pretendido, a instauração de um sistema ainda mais opressor e desigual que o anterior Estado absoluto, justamente pela sobreposição entre particulares em suas atividades, estabelecendo a “lei de que o mais forte vence”.

A burguesia agora detinha o poder e o capital, enquanto o povo vivia a margem da sociedade e a mercê dos desmandos dos poderosos. Surge então a necessidade de intervenção do Estado no intuito de diminuir as desigualdades sociais. É então, que por meio de revolta popular, que nasce o Estado Social, aquele em que o poder público, por meio de ações afirmativas, inclina suas forças e atividades ao bem comum.

O Estado social então, pretende reestruturar o liberalismo vivido, buscando efetivar os direitos fundamentais e sociais. As constituições a partir de então passam a institucionalizar e limitar o poder do Estado, organizando suas funções principais e buscando proteger o povo do arbítrio.

O Estado Social representou um compromisso com a sociedade, no que concerne a proteção de direitos coletivos, contudo acaba por se compadecer com regimes políticos antagônicos, tais como a democracia e o fascismo, e é nesse sentindo que se frustra.

Os governos de Hitler e Mussolini também pretendiam a satisfação das necessidades sociais do povo, com a intensificação de seus direitos, contudo, se ausentavam da democracia, liberdade de pensamento e garantia dos direitos humanos. Falsos discursos sobre pretextos inescrupulosos, acabaram por desviar a real concepção do Estado.

³ POLI, Leonardo Macedo Poli. **Princípios norteadores das relações de consumo**. Disponível em: <http://ead05.virtual.pucminas.br/conteudo/csa/s660011b/03_orient_conteudo/centro_recursos/documentos/unid1Apostila_direito_do_consumidor_poli_unidade_01.pdf>. Acesso em: 23/04/2019.

Assim, após a segunda guerra mundial, com o objetivo de não mais permitir regimes arbitrários e ditatoriais, nasce o Estado Democrático de Direito como forma de proteger o cidadão, assegurando à democracia.

Com o advento das constituições democráticas, cria-se uma estrutura estatal estritamente vinculada à lei, no qual as funções primordiais do Estado, jurisdicional, legislativa e executiva, devem obediência às diretrizes constitucionais e legais.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes ⁴preleciona:

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (...) adotou o denominado princípio democrático, ao afirmar que todo poder emana do povo.

Importante destacar que o entendimento que se tem é de que a intervenção estatal é necessária para atingir a igualdade material entre os cidadãos, satisfeito tal ideal, de uma sociedade integralmente isonômica e participativa, a figura do Estado tende a desaparecer, enquanto o ideal não é atingindo o Estado deve concentrar suas atividades em razão das necessidades do povo.

Joseph Raz⁵ propõe uma concepção que evitaria a confusão entre direitos objetivos sociais e ideológicos e as virtudes intrínsecas do Estado de Direito, para ele o estado de direito em sentido amplo:

Significa que as pessoas devem obedecer às leis e serem reguladas por elas. Porém, em uma teoria política e jurídica, ele deve ser lido de uma maneira mais estrita, no sentido de que o governo deve ser regulado pelas leis e submetido às mesmas”

Para Canotilho⁶ podemos entender o Estado de Direito como o Estado propenso ao direito, assim:

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites

⁴ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁵ RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Clarendon Press, 1979.

⁶ Gomes Canotilho, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.

Inicialmente o estado de direito se deu como estado de direito formal, que deve ser entendido no sentido de limitação do Estado ao direito, no qual a atuação do aparelhamento estatal se mantém dentro do quadro estabelecido pelas normas em vigor, atrelado diretamente ao princípio da legalidade e ao chamado governo das leis, sendo esta que dita as diretrizes que todos devem obedecer, independente do seu conteúdo.

Em outra perspectiva está o estado de direito material, sendo assim considerado o ordenamento em que satisfaz os requisitos da justiça, aquele que tende a realizar a justiça social. Este está mais atrelado ao estado constitucional, aonde se adota uma carta de princípios aos quais as leis devem se submeter, observar além da forma o conteúdo da lei.

Assim, o estado de direito formal passou a se transformar em estado de direito material, tendendo a buscar a justiça social. O que concebeu o chamado Estado Social. O qualitativo social, pretende corrigir o individualismo clássico liberal através da afirmação dos direitos sociais e a realização de objetivos da justiça social. Desta forma busca compatibilizar o capitalismo, como forma de produção, e o bem-estar social.

Os principais elementos do Estado de Direito são o império da lei, ou seja a lei é imposta a todos a começar pelo Estado que tem personalidade jurídica própria, a separação dos poderes, com o intuito de dividir as funções do Estado e promover uma interdependência harmônica entre eles, ainda como elemento a prevalência do direitos individuais fundamentais, bem como a soberania esta entendida sob duas perspectivas, soberania externa ser reconhecida em relação aos demais estados e ordens jurídicas, e na ótica interna de soberania popular, onde o povo é o detentor do poder e o exerce por meio da democracia, que também é fator primordial para o Estado de Direito.

O aspecto democrático irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e também a ordem jurídica. De outro lado, exige uma sociedade livre, justa e igualitária, em que o poder emana do povo e por ele

deve ser exercido; uma sociedade participativa, já que envolve uma participação crescente do povo nos momentos decisórios; pluralista, porque deve respeitar multiplicidade de ideias, culturas de forma que possibilite a convivência de interesses diferentes dentro da sociedade.

O Estado Democrático de Direito representa, um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social.

3 A CRISE

A legitimação ainda é uma das maiores expressões de poder político e jurídico que o Estado exerce sobre a sociedade, pois define os caminhos a serem percorridos e os objetivos a serem alcançados.

A produção legislativa interfere diretamente no comportamento da sociedade, a respeito do tema Dallari⁷ esclarece:

O poder do Estado não é exercido num vácuo, nem se reduz a um simples jogo de normas existentes por si. Bem longe disso, é usado para atingir certas finalidades e suas regras são alteradas, em sua substância, para assegurar as finalidades consideradas boas, em determinada época, pelos que detêm o direito de exercer o poder estatal. Assim sendo, todos os julgamentos sobre os valores que o Estado deve perseguir e sobre a maneira pela qual deve atuar dependem, em grande parte, da apreciação que se faça a respeito das finalidades que ele está buscando atingir e das maneiras pelas quais procura consegui-las.

No passado a obediência a lei era fruto da necessidade de segurança e proteção na sociedade, que confiou ao Estado a responsabilidade de condução desse sistema. Atualmente a legislação atua solucionando os conflitos interpessoais, traçando diretrizes de conduta à sociedade e o Estado nos ditames democráticos.

Contudo há hoje uma multiplicidade de normas muito grande, uma instabilidade de regras e ainda uma questionável qualidade das normas que levam a uma ineficácia para o alcance os objetivos pretendidos pela sociedade. Apesar da

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

legalidade presumir os aspectos de competência, segurança e certeza, o que se ver é que não se observa tais premissas no momento de produção das normas.

Esses questionamentos quanto à lei podem ser atribuídos à falta de legitimação do Estado, que tem sido apontada por vários atores sociais. Para Jacques Chevallier⁸, a referida crise deve ser associada à falência do Estado Social, que conduziu ao excesso de regulação, dificultando o entendimento e a conformação dos destinatários da lei.

O conceito de legitimidade perpassa pela ideia de que a adesão dos atores sociais ao que se apresenta é assegurada por um consenso valorativo, que é manifestado livremente, sem o uso obrigatório da força.

A descredibilidade do Estado perante a sociedade, que não mais se associa as normas produzidas e ao anseio pela justiça, evidencia a falta de legitimidade do poderes instituídos e a tendência da sociedade de não mais atender voluntariamente às regras impostas.

Há algum tempo a legitimidade dos governantes/Estado residia no fato de que os cidadãos acreditavam que o Estado poderia representar fielmente os seus interesses. Contudo, nas últimas décadas evidenciou-se uma falha na formula da democracia representativa, pois os cidadãos que eram protagonistas da vida política, hoje assistem ao esfacelamento da representação política, que dá lugar a representação de interesses.

Dessa forma, esse processo de representação política afetou substancialmente as normas jurídicas, que deveriam representar vontade geral da comunidade e ser deste modo legitimada a atuação administrativa.

Mais um reflexo da crise de legitimação do Estado está no próprio processo de elaboração das leis, que não mais acompanha os anseios da sociedade, se mostrando sempre tardia. Isso pode se dar pela preocupação mais com os tramites burocráticos constitucionais, com os interesses políticos envolvidos do que necessariamente com a hermenêutica, a participação popular e os interesses da sociedade.

⁸ CHEVALLIER, Jacques. O Estado de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Nessa perspectiva, o descompasso entre a lei e a realidade social do país trás a ideia de intangibilidade do direito, mostrando o Estado cada vez mais inacessível ao cidadão. Tornar a lei mais acessível poderia aproximar o Estado e a sensação de proteção legal ao cidadão. Na visão de Luis Lux⁹:

Numa das mais recentes constatações de estudiosos do fenômeno jurídico, concluiu-se a necessidade de 'simplificar o direito', considerando, exatamente, o meio social de sua efetivação. Isto porque, um direito inacessível sob a ótica de sua ininteligibilidade 'arrasta a inacessibilidade à justiça', uma vez que um cidadão que desconhece os direitos que ostenta jamais poderá exercê-los em juízo ou fora dele.

Na atualidade, especialmente no Brasil, o processo de criação das leis tem se afastado cada vez mais os princípios basilares da administração pública, a moralidade e a justiça. Os recentes escândalos de corrupção, que demonstram a influência externa na produção dos atos administrativos e o favorecimento de determinados grupos da sociedade só reforçam a ideia de descredito do Estado perante a população.

Nesse sentido, o legislativo não tem regulamentado matérias importantes e de grande relevância para a população, tais como o aborto, legalização da maconha, homofobia entre outros. Seja por omissão ou pelo desejo intencionado de não se manifestar o parlamento a respeito de temas polêmicos, que poderiam afetar seu eleitorado, o legislativo tem em muitos aspectos se mantido inerte e omissivo.

De igual modo, o executivo diante de grande burocracia estatal, bem como ineficiência de seus administradores, por vezes não consegue garantir, por meio de medidas publicas eficientes, a efetividade de direitos constitucionalmente previstos.

Neste cenário, nos últimos anos o poder judiciário tem adotado uma postura muito mais ativa frente aos demais poderes, dando decisões que interferem diretamente na atuação pessoal dos demais poderes, o chamado ativismo judicial.

A constituição é o meio pelo qual se delimitou as competências e alcance de cada poder, distribuindo a cada um deles as funções de Estado. Sendo os poderes legislativo e executivo, de cunho político, e o judiciário mais técnico.

⁹ FUX, Luiz. Uma nova visão do universo jurídico. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15>.

Tem se visto bastante a judicialização da política, aonde temas claramente de interesses políticos são decididos por tribunais, os quais não tem qualquer competência legal ou constitucional para tanto, já que não foram eleitos para tal.

Para Luís Roberto Barroso ¹⁰, a judicialização ocorre quando o poder judiciário é levado a decidir sobre questões de grande repercussão na sociedade, questões essas que, a princípio, deveriam ser decididas pelo legislativo por meio de normas abstratas ou, ainda, em sua maioria, serem decididas pelo executivo que tem o dever de aplicar a lei de ofício, efetivando os direitos.

Ainda, judicialização envolve certa transferência de poder ao judiciário, o que altera sua participação na sociedade. Com essa transferência de poder o judiciário acabada sendo instigado a estabelecer condutas a serem seguidas pelos demais poderes. Ressalte-se que o fenômeno é complexo e possui várias dimensões.

O ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos. Trata-se de uma patologia constitucional, uma conduta que deveria ser exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em esfera pública de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano.

O ativismo judicial ocorre quando o juiz inova no mundo jurídico, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, ocorrendo assim uma participação mais ampla e intensa do judiciário, hora atuando como legislador, hora tomando as vezes de administrador.

Tal postura afeta diretamente no funcionamento dos demais poderes, um exemplo disso está quando uma determinação judicial ordena que a administração pública conceda determinado medicamento de elevado valor a um paciente, tal determinação naturalmente implicaria em custos não calculados pela administração.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 29/04/2019

Essa interferência do judiciário em questões, que a princípio deveriam ser resolvidas na esfera política (legislativo e executivo), pode levar a confusão de poderes que poderá prejudicar as atividades do Estado, causando um choque entre as orientações diversas que poderá levar a um conflito de poderes.

No que concerne ao ativismo judicial é importante salientar que mesmo a constituição federal prevendo que o poder judiciário é seu interprete final, ela também prevê que os poderes devem ser harmônicos e independentes entre si. Dessa forma, os magistrados devem ter consciência que seus atos devem ser conforme a determinação do poder constituinte.

O princípio da separação dos poderes, ponto basilar do Estado de Direito, não é rígido, uma vez que é possível o exercício de forma atípica de competências de um poder em outro, na forma da teoria dos freios e contrapesos, aonde um poder controla o outro.

Contudo, essa flexibilização da separação dos poderes deve ser vista com cuidado uma vez que sempre que um poder se fortalece mais que os outros, estaremos diante de uma ruptura ao Estado de Direito.

Assim, o que se verifica é que a harmonia que deveria existir entre os poderes no respectivo exercício das suas funções cede à tensão decorrente tanto de uma aplicação quando de uma interpretação da separação dos poderes e consequentemente da teoria dos freios e contrapesos, onde é esquecida a origem democrática onde a tripartição dos poderes deveria ser utilizada pensando nos objetivos do povo

Desta maneira mostra-se mais um fator que evidenciam a crise no Estado de Direito.

Uma das dimensões a que se atribui o Estado de Direito é que ele é um Estado de segurança e de confiança das pessoas, isto é, um estado de certeza da aplicação da lei, de clareza e racionalidade do trabalho legislativo e de transparência no exercício do poder, buscando estabelecer, para seus cidadãos, uma vida segura, previsível e calculável.

Contudo, conforme exposto anteriormente esse não é o cenário jurídico atual, pelo menos não no Brasil, aonde os poderes estão em descrédito com tantos escândalos de corrupção e abusos de poder.

O Estado de Direito se defronta, hodiernamente, com o antidireito e pode ser visualizado como ideologia jurídica que ofusca a expectativa de direito e anula a sensação de justiça. No Estado de não direito, ideologicamente marcado pela exclusão da legitimidade, os aparelhos institucionais de Estado tanto podem se impor pelo controle político da cultura, invadindo a privacidade, quanto obtém segurança jurídica nas chamadas leis injustas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma breve o presente artigo empenhou-se em abordar a temática da crise do Estado de Direito, do ponto de vista prático jurídico, visualizando questões atuais que demonstram uma incongruência entre o atual sistema de Estado com a realidade da sociedade.

Para tanto, inicialmente foi tratado um breve relato acerca da origem do Estado de Direito, que surgiu após a revolução francesa, que trouxe o Estado liberal que ao contrário do que pretendia, mostrou-se tão cruel quanto o anterior Estado autoritário. Nesse cenário fazia-se necessário um modelo de Estado que garantisse a liberdade individual das relações interpessoais, bem como um estado que intervisse em certa medida para garantir a igualdade entre as partes, diminuindo as discrepâncias sociais.

Alguns dos principais elementos fundantes do Estado de Direito são a submissão de todos à lei, isso inclui o próprio estado com personalidade jurídica, ainda a soberania popular, na qual todo o poder é do povo e por ele exercido, ainda a separação dos poderes, de forma a dividir as funções de estado e não haver uma concentração de poder em apenas um setor.

Um dos elementos essenciais para a permanência de um Estado é sua legitimidade, é a aceitação voluntária e pacífica da população de suas ordenanças. Contudo, o que se vê é que a população não acredita mais que o Estado está realizando suas funções de maneira satisfatória, seja pela crise de representatividade

onde o cidadão não se identifica com os governantes, ou com o parlamento, de modo que não reconhecem mais neles a confiança.

De outro lado, muito em decorrência da abstenção de atuação dos poderes legislativo na elaboração de leis, ou no executivo que não implementa medidas publicas satisfatórias, o judiciário tem tomando uma proporção muito maior do que deveria ser. Nesse momento atua como um super poder, tomando lugar dos demais poderes a partir do momento em que lhe determina ordens que afetam diretamente no funcionamento interno dos demais poderes, isso pode representar uma usurpação de poder e violar diretamente o princípio da separação dos poderes.

Esses entre outros fatores, evidenciam que há uma clara crise no Estado de Direito, uma vez que pontos fundantes desse sistema estão funcionando de maneira erroneia, levando assim a todo um desequilíbrio no modelo de estado como um todo.

Tal análise é necessária para uma reflexão quando a aplicabilidade desse sistema na sociedade moderna, se ele ainda é viável e aplicável e quais os ajustes que devem ser feitos para reestabelecer o equilíbrio perdido, se isto ainda for possível.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 29/04/2019.
- CHEVALLIER, Jacques. O Estado de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- FUX, Luiz. Uma nova visão do universo jurídico. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15.
- GOMES Canotilho, José Joaquim. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- POLI, Leonardo Macedo Poli. **Princípios norteadores das relações de consumo**. Disponível em:

<http://ead05.virtual.pucminas.br/conteudo/csa/s660011b/03_orient_conteudo/centro_recursos/documentos/unid1Apostila_direito_do_consumidor_poli_unidade_01.pdf>. Acesso em: 23/04/2019.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Clarendon Press, 1979.

ATIVISMO JUDICIAL E OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO INOVADORA DO PODER JUDICIÁRIO

JUDICIAL ACTIVISM AND THE IMPACTS OF THE INNOVATIVE ACTION OF THE JUDICIARY

Dayany da Silva Teixeira¹

RESUMO

Abordar o tema do ativismo judicial é voltar o olhar sobre os contrapontos que necessariamente estão presentes nessa forma sintomática da atuação do Poder Judiciário. Para além do desempenho de sua função precípua de dizer o direito no caso concreto, o Judiciário vem adotando posturas cada vez mais inovadoras em sua função judicante, sobretudo em matéria de implementação ou salvaguarda de direitos fundamentais de natureza prestacional, levando-o, dessa forma, a se destacar como o “ator principal” no atual cenário político-administrativo pátrio. Se por um lado tal postura proativa possa ser vista como legítima ou até mesmo necessária para o cumprimento dos dispositivos constitucionais, especialmente diante de uma observada inação dos demais Poderes, por outro corre-se o risco de termos, por vias transversas, a indesejada concentração de poder nas mãos de um único órgão, interferindo na dinâmica e autonomia própria dos demais (poderes), pondo em risco um dos fatores que dão base e sustentação ao Estado Direito, qual seja, o princípio da separação dos poderes. E é com um tema tão complexo que o presente trabalho tem o seu ponto de partida: primeiramente, começando a partir de uma definição daquilo que se entende por Ativismo Judicial, tendo como foco principal os riscos que a “ultra-atividade” desempenhada pelo Poder Judiciário pode representar para a ordem jurídica democrática. Para que o pretense trabalho se desenvolvesse a contento, a pesquisa procedeu ao exame da literatura nacional, partindo-se da identificação dos princípios e normas constitucionais que estão intimamente ligados ao tema objeto de estudo. As considerações finais contemplam todo o desenrolar do texto, apontando os impactos que as condutas ativistas adotadas pelo Poder Judiciário podem acarretar. Longe de esgotar os infindáveis debates a respeito do tema, permite-se, desde já, adiantar um primeiro questionamento: será este o melhor

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Público do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB/ICPD.

e o mais legítimo caminho a ser perquirido diante a inação dos demais Poderes na salvaguarda de direitos fundamentais?

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Estado de Direito. Separação de poderes.

ABSTRACT

Addressing the issue of judicial activation is to look again at the counterparts that are present in the symptomatic form of the judicial branch. The Judiciary has been adopting increasingly innovative positions in its main function, more in terms of implementation or safeguarding of fundamental rights of the benefit nature, thus leading him to stand out as the "main actor". If, on the one hand, the proposal can be similar to a question of law for the first day in a row, especially in the face of an uncontrollable session of powers, on the one hand there is a risk that we will have, by transverse means, a will of the empowerment of the single in the internal behavior, in inter-disciplinating the dynamics and capacity there are many the potentials, that must be, which must be, the principle of dating the potential. And it is with such a complex subject that the present work has its starting point: first, turning to a definition of what an "ultra-activity" judiciary can represent for a democratic judicial law. For the supposed work to develop a content, a search is to the examination of the national literature, starting from the identification of the principles and constitutional norms that are closely linked to the object of study. As the final considerations can be made to make the text, the considerations about the active practices adopted by the Judiciary Power can be maintained. Far from the endless debates on the subject, it allows us, right away, to advance a first question: Is this the best and the highest way to be asked in the face of an inaction of the other Powers in safeguarding fundamental rights?

Keywords: Judicial Activism. Rule of law. Separation of powers.

1 INTRODUÇÃO

O estudo dos institutos que compõem um Texto Constitucional proporciona a obtenção dos elementos necessários para a compreensão de como funciona a máquina engenhosa a que chamamos de Estado. Por isso mesmo, tem-se que o exame das disposições que integram o corpo normativo da Constituição Federal de 1988 oportuniza a assimilação de como o Estado brasileiro funciona. Apesar de ser analítica, versando sobre organização e funcionamento do Estado, além de princípios e direitos basilares, o Texto Constitucional de 1988 não é de todo completo. Necessita, para tanto, da atuação correlacionada entre os poderes consagrados na ordem constitucional, de forma a proporcionar que os desafios presentes no momento de implementação ou execução dos comandos normativos nela previstos possam ser solucionados

E é justamente nesse campo que doutrinadores, estudiosos e afins têm se debruçado acerca de um tema que, longe de ser unanimidade, provoca a cada dia mais debate em torno de si, qual seja, o ativismo judicial e a interferência do Poder Judiciário nos espaços legitimamente reservados à atuação dos demais Poderes, especialmente em matéria de efetivação de direitos fundamentais decorrentes do Texto Constitucional, sobretudo daqueles que demandem uma atuação positiva por parte do Estado para que possam ser efetivamente exercidos.

Mais do que a função precípua de dizer o direito no caso concreto, observa-se a uma crescente preferência do Judiciário por desempenhar atitudes cada dia mais inovadoras no âmbito de suas competências, por vezes executando atividades próprias de legislador ou administrador, sob o mister de satisfatoriamente cumprir os mandamentos insculpidos na Constituição, notadamente aqueles que trazem consigo a instituição dos direitos e garantias fundamentais.

Embora uma atuação mais proativa possa trazer resultados positivos à ordem jurídica, principalmente diante de omissões dos outros Poderes quanto não exercício de competências constitucionalmente previstas e legitimamente reivindicadas, em contrapartida, corre-se o risco de se ter um Judiciário interferindo na dinâmica e autonomia própria de cada esfera do poder, o que propicia, inevitavelmente, a concentração de poder, tendo como consequência o mal ferimento na ordem do Estado de Direito.

Os efeitos do ativismo judicial vão além da questão da ingerência de um Poder na esfera de atribuição a que compete a um outro (Poder). Quando se fala em ativismo judiciário é preciso discutir se práticas ativistas, principalmente em matéria de direitos fundamentais e as respectivas políticas públicas envolvidas na sua concretização, não representariam uma descaracterização da própria ordem constitucional, ao instituir um superpoder com proeminência frente aos demais, com decisões absolutas e inquestionáveis acerca de matérias as quais o Constituinte não lhe reservou.

Além disso, a discussão a respeito de ativismo judicial perpassa pela abordagem do movimento que também gera debates calorosos na doutrina: o neoconstitucionalismo. Defendido por alguns, desconhecido por outros, o fato é que

não há como fechar os olhos diante do constitucionalismo contemporâneo que exsurge com um novo olhar para o Direito Constitucional, dando um fôlego a mais na presente discussão. Os novos sentidos dados às normas constitucionais, a “invasão” dos princípios no Texto Superior, bem como a nova forma de interpretar a Constituição, dão o contorno exato da influência do neoconstitucionalismo nessa nova postura ativa adotada pelo Poder Judiciário na ordem constitucional contemporânea.

O presente trabalho se desenvolveu a partir de uma leitura da literatura nacional a respeito do assunto, no qual o encontro com a dialética, por meio do contato com os argumentos prós e contras à atuação judicial inovadora, proporcionou o desenvolvimento de uma análise crítica acerca dos impactos negativos dessa forma atípica de atuação do Judiciário.

Por fim, e como fecho do presente trabalho, sendo talvez a responsabilidade maior contida na construção desse estudo, as considerações finais contemplaram todo o desenrolar do texto, apontando as reais repercussões que as condutas ativistas adotadas pelo Poder Judiciário podem acarretar.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO: A PORTA DE ENTRADA PARA O ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Sobre o neoconstitucionalismo

Antes de reportar-se ao neoconstitucionalismo e a sua influência direta, conducente às posturas ativistas desenvolvidas pelo Poder Judiciário, destaca-se a importância de se estabelecer propriamente o que o mesmo apregoa.

Certo é que não há um conceito definido para o termo neoconstitucionalismo, contudo, há um consenso entre os doutrinadores do que mencionado termo não exorta uma acepção adversa ao termo constitucionalismo²,

² “O constitucionalismo clássico, como movimento revolucionário de vocação universal, nasce durante a Revolução Francesa, no final do século XVIII, pautada numa tríade: garantia dos direitos individuais, soberania nacional, separação de poderes. Numa acepção mais restrita, o constitucionalismo, como movimento contrário ao antigo regime, buscava essencialmente, a limitação do poder estatal com fins garantísticos. As normas constitucionais tinham caráter marcadamente individualistas, como os direitos civis e políticos” (MIRANDA *apud* MACHADO, Clara Cardoso. **O Neoconstitucionalismo e a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Disponível em:

numa visão completamente dissociada deste. Como bem ressalta Barcellos³, trata-se na verdade de um novo período ou momento vivenciado pelo direito constitucional.

E mais. Salutar são as palavras escritas pelo jurista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso⁴, que dão o tom exato da possível incerteza que ronda o constitucionalismo contemporâneo:

Talvez essa seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Poder ser uma volta ao passado. Poder ser apenas um movimento circular, uma dessas guindas de 360 graus.

Consoante as lições do eminente jurista, a melhor forma de se compreender o neoconstitucionalismo é por meio de seu relato histórico. Desta forma, o neoconstitucionalismo pode ser observado a partir de três marcos fundamentais: o marco histórico, filosófico e teórico, expostos a seguir pelo constitucionalista Barroso⁵:

(...) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos

<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/88/77>. Acesso em: 20/04/2019).

³ COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade**: vinculação às Normas Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização tardia do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. número 9 – março/abril/maio 2007. Salvador. ISSN 1981-1888. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 23/04/2019. p. 2.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização tardia do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. número 9 – março/abril/maio 2007. Salvador. ISSN 1981-1888. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 23/04/2019. p.11.

resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Em síntese, referente ao marco histórico, a aceção da Constituição pura e formalmente considerada como texto político, do qual se extraía unicamente a delimitação de poderes, deu lugar ao Texto Constitucional consubstanciado em princípios e valores.

Enquanto o restante do mundo, em especial a Europa Ocidental, já vivia sobre novas percepções acerca da importância reservada à Constituição, não somente como forma de limitação do exercício do poder político, mas também como consagração dos direitos humanos fundamentais, o Brasil ainda engatinhava em seu recente processo de redemocratização.

Neste passo, os países da Europa do 2º pós-guerra, particularmente na Alemanha e Itália, já se consagrava a ideia de que a Constituição não seria mero texto dotado de formalidade, a qual não resultaria de praticidade nenhuma, de onde se extrairia apenas as funções básicas de organizar o Estado e a previsão de poucos direitos individuais, deixando a cargo de legisladores ordinários a função primordial de complementação, tendo inclusive a responsabilidade de previsão dos direitos, quase funcionando como fonte de onde derivaria o direito em si. Muito pelo contrário. A experiência das barbáries da 2ª guerra mundial ensinou que ao deixar-se a Constituição de lado, não a enxergando como elemento basilar, que deve fundamentar todo o ordenamento jurídico, corre-se o risco de deixar nas mãos das maiorias políticas os contornos da história de uma sociedade de um determinado país.

Justamente nessa perspectiva, as Constituições ganham uma nova visão. Passam a ser vistas como documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contém mandamentos importantes insculpidos na forma de princípios, além de contemplarem temas que até então não eram abordados, a exemplo das relações de família, afora dos tradicionais direitos individuais, políticos e os direitos sociais de natureza prestacional⁶.

⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p.78.

Com o passar do tempo, a concepção da Constituição como uma norma de superioridade hierárquica, que regulava as competências dos poderes estatais, já não era suficiente. Era preciso mais. A noção da Constituição precisava aproximar-se da realidade e sair da “mera noção de uma declaração de direitos políticos, dotada de normas programáticas, com baixa densidade jurídica”⁷. Sai a figura da Constituição estritamente legalista para dar espaço ao modelo de Constituição consagradora de princípios, capaz de acompanhar a evolução da sociedade sem perder-se no tempo e sem deixar de ter o caráter de fundamental.

Em contrapartida, o marco filosófico traz a centralidade dos direitos fundamentais, inaugurando, também, a normatividade dada aos princípios, antes utilizados de forma secundária. O modelo do positivismo clássico fundado essencialmente na centralidade das normas dá lugar a uma nova aceção, afinal a teoria de que tudo girava em torno da norma jurídica favoreceu as atrocidades de governos autoritários, que viam na lei um elemento “legitimador” para as barbáries cometidas em épocas de ditaduras. Sob esse aspecto, são as palavras do autor George Malmestein Lima⁸:

Foi diante desse “desencadeamento” em torno da teoria pura que os juristas alemães desenvolveram uma corrente jusfilosófica que está sendo chamada de “pós-positivismo”: antes, com o positivismo kelseniano, tudo girava em torno da norma, e a norma era tudo; agora, com o pós-positivismo, a norma cede espaço aos valores e aos princípios, que se converteram em “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”, tornando a “teoria dos princípios hoje o coração das Constituições. Percebeu-se que, se não houver na norma um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para legalizar o mal. A mesma tinta utilizada para escrever a Declaração de Direitos dos Homem pode ser utilizada para escrever as leis do nazismo. O papel aceita tudo, como bem diz o professor Luís Roberto Barroso.

É a partir desse marco filosófico que o constitucionalismo contemporâneo vai além do modelo baseado na legalidade estrita. Busca-se nesse momento a

⁷ MAIA, Clarissa Fonseca. **Ativismo Judicial no âmbito da Justiça Eleitoral**. 2010. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp133090.pdf>. Acesso em: 14/04/2019. p. 31.

⁸ LIMA, George Malmestein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2005. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2005. Disponível em: http://www.teses.ufc.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4143. Acesso em: 13/04/2019. p. 47.

legitimidade de leis a partir da valoração dos princípios. A ideia de que o cumprimento de uma norma está circunscrito ao fato de a mesma ser legalmente válida já não é mais suficiente. Entretanto, não se trata de uma questão de superar o direito positivo, “na verdade o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico”⁹, com a incorporação de princípios, em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, colocando-o no ápice da estrutura normativa de um país.

Afora a preocupação com a concretização dos direitos fundamentais, em especial os de caráter prestacional, sob o marco teórico, o neoconstitucionalismo procura reafirmar a Constituição como autêntica norma jurídica dotada de eficácia direta e imediata.

Neste diapasão, a separação dos poderes que antes era relegada à condição primária das Constituições passa, agora, no neoconstitucionalismo, “a desempenhar um escopo teleológico, em que a realização dos direitos fundamentais configura-se em sua função profícua”¹⁰. Com isso, o texto constitucional ganha força normativa, transmutando-se em mandamento vinculante aos poderes públicos, no momento da observância dos dispositivos cristalizados na Constituição.

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição, o Poder Judiciário ganha destaque como órgão incumbido na função-mor de proteger contra possíveis afrontas que venham a macular os mandamentos previstos no Texto Constitucional. Somando-se à possibilidade de proteção pelo Judiciário, a interpretação constitucional também é fator preponderante para a mudança trazida com chegada do neoconstitucionalismo. A partir da nova sistemática de se interpretar o Texto Constitucional, tem-se a ideia de que há a necessidade de se extrair a maior potencialidade ou efetividade dos textos emanados de uma Carta Magna.

⁹ LIMA, George Malmestein. **Efativação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2005. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2005. Disponível em: http://www.teses.ufc.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4143. Acesso em: 13/04/2019.

¹⁰ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 41.

Vistos os termos inaugurais do constitucionalismo contemporâneo e a sua significativa contribuição relativa ao papel ocupado pela Constituição no sistema jurídico de um país, fica perceptível os contornos que a norma constitucional ganhou com esse momento histórico vivenciado pelo Direito Constitucional. Mas antes mesmo de se chegar ao conceito próprio de norma constitucional, é de importância preambular o enfoque do que seja propriamente “norma jurídica”, ressaltando que aqui não cabe a abordagem minuciosa dos questionamentos e teorias a respeito do conceito de norma, mas apenas uma conceituação a título de uma melhor compreensão do efetivamente se entende por norma constitucional.

Pois bem. Nas lições clássicas de Kelsen¹¹, em sua obra Teoria Pura do Direito, a norma teria por finalidade a prescrição de condutas situadas no âmbito do “dever ser”, que conferiam ao comportamento do ser humano um sentido prescritivo. Ou seja, sendo ela uma prescrição, a norma é um comando, o produto de um ato de vontade, que proíbe, obriga ou permite um comportamento. Para o filósofo, as normas valeriam não por serem justas ou injustas, mas por estarem de acordo com as prescrições contidas na norma fundamental, a Constituição.

Um dos destaques da teoria de Hans Kelsen¹² é o desenvolvimento do pensamento segundo o qual o ordenamento jurídico é estruturado de maneira tal que uma norma jurídica estaria fundamentada e teria, portanto, validade, se estivesse de acordo com os comandos previstos de uma lei que lhe fosse imediatamente superior. A Constituição estaria no topo dessa estrutura e, acima dela, estaria a norma hipotética fundamental imaginada por Kelsen, a qual conferiria validade a todo a esse sistema normativo.

E justamente aproveitando-se da formulação proposta por Kelsen, que se parte para a formulação própria de norma constitucional, já com primeira ideia de que se trata de uma norma fundamental, constituindo, portanto, a base de todo o ordenamento jurídico. Partindo-se da ideia preliminar de norma fundamental, as normas constitucionais podem ser conceituadas como “significações extraídas de

¹¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

enunciados jurídicos, caracterizadas pela superioridade hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político, com diferentes tipologias”¹³.

A natureza da linguagem jurídica nela utilizada denota o maior grau de abstração e a menor densidade jurídica que a norma constitucional apresenta. Expressões como as de “igualdade”, “dignidade da pessoa humana”, “justiça social”, recorrentes em normas desse tipo, reforçam o caráter abstrato e amplo que as mesmas possuem. Como consequência, tais normas demandam uma manobra maior para a sua concretização, conferindo ao seu intérprete, portanto, certo espaço de discricionariedade, ou liberdade de conformação.

Seguindo-se em seus aspectos peculiares, a norma constitucional apresenta um conteúdo específico. Elas prescrevem, segundo Carvalho¹⁴, a divisão territorial e funcional do exercício do poder político, assim como a garantia e afirmação dos direitos fundamentais, as técnicas de aplicação e os meios de proteção das próprias normas constitucionais.

Assim sendo, as normas constitucionais têm um caráter eminentemente político, vez que legitimam e limitam o poder político, cabendo a elas o papel de legitimar o poder transferido pela sociedade ao Estado, bem como limitar o poder do Estado perante a sociedade.

Neste ínterim, torna-se relevante esclarecer que todas as normas constitucionais são dotadas de juridicidade, estando, por isso mesmo, aptas a produzirem a finalidade que postulam. Pensar o contrário, seria admitir, na Constituição, normas de sentido vazio, o que descaracterizaria tal texto como superior. Nesse sentido, são as palavras do autor Carvalho¹⁵:

Todas as normas constitucionais são dotadas de juridicidade. A Constituição não contém conselhos, exortações, regras morais, ou seja, normas de caráter não-jurídico. Deveras, por serem jurídicas, todas as normas da Constituição surtem efeitos jurídicos; o que varia é o seu grau de eficácia.

¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14.ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 285.

¹⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14.ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14.ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.285.

O conceito de norma constitucional e as suas respectivas peculiaridades trazem à baila a dificuldade que pode resultar quando do momento de sua observância ou aplicação. Talvez, por serem tais normas regidas por preceitos, em sua maioria amplos, dotados de expressões por vezes abertas demais, resida essa dificuldade no cumprimento dos comandos insculpidos nas normas constitucionais.

Contudo, a tessitura mais aberta dos preceitos constitucionais não pode ser motivo legitimador para o exercício atípico pelo Judiciário de funções que não lhe foram outorgadas ou permitidas o exercício.

2.2 Ativismo Judicial e os seus impactos

Traçadas algumas linhas sobre neoconstitucionalismo passa-se à conceituação daquilo que se entende por ativismo judicial.

Segundo os ensinamentos de Barroso¹⁶, o ativismo judicial é uma expressão oriunda dos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, pelos constitucionalistas conservadores norte-americanos, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte na década de 50, que à época começava a atuar na implementação dos direitos civis, em especial, no fim da segregação racial. Tal expressão era, por assim dizer, utilizada como uma crítica ao novo comportamento judicial não condizente com a jurisprudência norte-americana dominante na época.

No Brasil, o ativismo judicial ganhou conotação diferente, significando “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 Poderes¹⁷”.

Pela concepção brasileira, não é possível afirmar categoricamente que o ativismo judicial seja considerado como um fenômeno bom ou ruim. Há ainda muitos debates acerca desse fenômeno e de seus respectivos impactos. Além disso,

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.p. 232.

cabe salientar que o conceito que permeia o ativismo judicial é extremamente complexo. Por isso mesmo, a compreensão daquilo que se entende por ativismo judicial começa a partir da percepção de um fenômeno composto por múltiplas definições:

Trata-se a toda evidência de um conceito multifacetado: pode-se afirmar que existem múltiplas formas de ativismo judicial, o que acaba por promover esta complexidade conceitual.¹⁸

Como forma de ilustrar as várias formas de manifestação do ativismo judicial, Lênio Streck¹⁹ sistematiza as várias concepções para esse fenômeno da seguinte forma:

[...]em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.

Por conta dessa dificuldade conceitual, o ativismo judicial é, por vezes, utilizado como sinônimo de judicialização da política ou vice-versa, o que é um equívoco, uma vez que com esta não se confunde, já que são fenômenos diversos, embora manifestados no âmbito do mesmo poder: o Judiciário. Em termos simples, a judicialização da política é uma expressão cunhada no fato de que questões “relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”²⁰.

¹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 553.

¹⁹ 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, Número Especial, 2015, p. 51-61. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em 30/04/2019.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.p. 228.

Ou seja, há a transferência de decisão dos poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, sendo que este fica a cargo por solucionar ou revolver questões polêmicas e controversas, estabelecendo normas de condutas a serem observadas pelos demais poderes públicos. Já o ativismo judicial tem sentido diverso à judicialização, embora possuam certa semelhança.

Nos ensinamentos do constitucionalista Barroso²¹, fica nítida a distinção de ativismo judicial para a judicialização da política, senão vejamos:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam 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.

A visão da judicialização como um fenômeno fático é corroborada pelo jurista Lênio Streck. De acordo com o autor, não se pode discordar que a judicialização da política esteja intimamente ligada com as transformações ocorridas a partir de um novo texto constitucional. Cuida-se de fenômeno de natureza social, que se origina a partir de fatores alheios à jurisdição, especialmente naquilo que diga respeito à necessidade cada vez maior de reconhecimento de direitos e à ineficiência dos demais Poderes em implementá-los²².

Por sua vez, o ativismo judicial refere-se a um fenômeno gerado no mundo jurídico, por meio do qual se permite que o Poder Judiciário exceda as competências

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Dezembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Acesso em: 14/04/2019. p.3.

²² STRECK, Lênio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em 30/04/2019.

que lhe foram constitucionalmente conferidas, a pretexto de se conferir a máxima efetividade dessas normas, bem como garantir a implementação de direito nelas previsto.

Para o jurista Lenio Streck, enquanto o ativismo judicial seria um fenômeno fragilizador da autonomia do direito, a judicialização seria um problema de ordem contingencial²³.

A partir dessa percepção, pode-se concluir que o ativismo judicial representaria, no final das contas, um ato de vontade por parte daqueles que compõem o Judiciário, que assim escolhem exercer a sua parcela de jurisdição de maneira proativa, decidindo-se os casos de acordo com as suas interpretações que retiram dos preceitos abertos do Texto Constitucional, fundamentadas sob o manto da máxima efetividade a se atribuir para tais normas.

Nisso, talvez, resida a maior crítica que as vozes contrárias proclamam sobre o ativismo judicial. No entendimento de alguns doutrinadores²⁴, a postura ativista do Judiciário, principalmente em matérias de direitos fundamentais, significa o exercício exorbitante das suas típicas funções, isto é, para além de suas atribuições, configurando, no final das contas, atividade usurpadora de competências as quais não lhe forma atribuídas. E mais. Criticam o ativismo judiciário principalmente pelo fato de tal fenômeno colocar em risco o princípio democrático ao se oportunizar que o Judiciário possa, a pretexto de se conferir a maior efetividade às normas constitucionais, interferir nas escolhas políticas que somente os Poderes submetidos ao escrutínio do voto teriam legitimidade popular para assim o fazer²⁵.

Sob essa perspectiva, não há como negar as ameaças que giram em torno da aceitação do ativismo judicial como fenômeno benéfico para a ordem jurídica pátria.

²³ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD, v. 1, n.2, 2009, p.75-83. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em 30/04/2019.

²⁴ A título de exemplo, o autor Elival da Silva Ramos que em seu livro “Ativismo Judicial, Parâmetros Dogmáticos”, tece duras críticas ao ativismo judicial.

²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

Ao se permitir que o Judiciário transite em espaços a ele não reservados, autoriza-se a ruptura ao ideário de separação de poderes como ideário de limitação do poder estatal, que se constitui base de um Estado de Direito, tendo em vista que ter-se-ia a concentração de poder representado na figura de um único órgão, o qual teria liberdade suficiente para que, em momentos que julgasse necessário, pudesse interferir nas esferas de atribuição própria de outros Poderes, a pretexto de se com concretizar ou resguardar direitos constitucionais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade é que todos os debates a respeito da legitimidade ou não do ativismo judicial têm em si um ponto de convergência: a inação dos demais Poderes na implementação e salvaguarda dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

O protagonismo do Judiciário na ordem jurídica brasileira aumenta na mesma medida em que a confiança e a influência dos Poderes Executivo e Legislativo diminuem. A população, de uma maneira geral, tem se acostumado a ver o Judiciário como o responsável pela materialização dos preceitos constitucionais instituidores de algum direito. Mas não só isso. Acredita também que ele (o Judiciário) seja o espaço ideal para se discutir sobre demandas que, até bem pouco tempo, entendia-se como reservadas ao campo da política.

Nesse cenário, o problema não está no descrédito dos Poderes submetidos ao voto popular. Afinal de contas, os espaços políticos de decisão, cuja característica principal é de ser um palco para o confronto de ideias e debates para ao final se chegar a um denominador comum, não conseguem construir soluções que atendam de forma quase que instantânea as demandas sociais cada vez mais urgentes.

Nesse ponto, cabe destacar que, sobre espaços de competências, a Constituição Federal de 1988 delineou bem o que compete a cada um dos Poderes constituídos. Nela há mecanismos próprios que garantem o equilíbrio e o funcionamento do Estado de Direito e as funções que cabe a cada um exercer. A falha de um não pode ser o mote justificador para a sobrepujança de um Poder sobre os demais.

Nesse sentido, vale aqui o alerta feito por Lenio Streck, no sentido de que uma Constituição Federal que é o Alfa e o Ômega de uma ordem jurídica democrática, cuja sobrevivência tem os seus custos. Em tal caso um custo: “os pré-compromissos constitucionais só podem ser liberados por aqueles que a própria Constituição determinada ordem jurídica democrática”²⁶.

Com isso, ao se permitir o contrário, corre-se o risco de se ter um único Poder ditando quais os rumos um determinado deverá seguir, sem qualquer limitação ou balanceamento. Ao se chegar a tal ponto, não há como admitir mais a existência de uma de uma ordem jurídica constitucional ou de uma Estado de Direito que seja por ela guiada.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Dezembro de 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Acesso em: 14/04/2019.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização tardia do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. número 9 – março/abril/maio 2007. Salvador. ISSN 1981-1888. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 23/04/2019.

BRASIL, Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD, v. 1, n.2, 2009, p.75-83. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em 30/04/2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14.ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade**: vinculação às Normas Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito / Hans Kelsen*; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, George Malmestein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2005. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2005. Disponível em: http://www.teses.ufc.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4143. Acesso em: 20/04/2019.

MACHADO, Clara Cardoso. **O Neoconstitucionalismo e a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/88/77>. Acesso em: 03/05/2012.

MAIA, Clarissa Fonseca. **Ativismo Judicial no âmbito da Justiça Eleitoral**. 2010. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp133090.pdf>. Acesso em: 14/11/2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

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, Número Especial, 2015, p. 51-61. Disponível em:

<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em 30/04/2019.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz.

Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD, v. 1, n.2, 2009, p.75-83. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em 30/04/2019.

O ATIVISMO JUDICIAL, NEOCONSTITUCIONALISMO E A REVOLUÇÃO JUDICIARISTA

JUDICIAL ACTIVISM, NEOCONSTITUTIONALISM AND THE JUDICIAL REVOLUTION

João Bosco Evangelista Neto¹

RESUMO

O Poder Judiciário brasileiro tem ganhado extremo relevo entre os Poderes da República nos últimos anos, atuando e interferindo em temas de grande impacto na sociedade, suscitando a discussão acerca dos seus limites e se a sua atuação excessiva estaria interferindo ou não na separação de Poderes e no equilíbrio da jovem Democracia brasileira. No presente trabalho, apresenta-se, no primeiro momento, de forma geral, um possível conceito do que vem a ser “ativismo judicial”. Em seguida, de forma breve, estabelece-se a sua relação com o movimento denominado “neoconstitucionalismo”, para em seguida estabelecer possíveis consequências negativas do ativismo judicial no Brasil.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial, Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The Brazilian Judiciary has gained extreme prominence among the Powers of the Republic in recent years, acting and interfering in issues of great impact on society, raising the debate about its limits and whether its excessive action would interfere or not in the separation of Powers and in the balance of the young Brazilian Democracy. In the present work, a general concept of what is to be "judicial activism" is presented in the first moment. Then, briefly, establishes its relationship with the movement called "neo-constitutionalism", and then establish possible negative consequences of judicial activism in Brazil.

Keywords: Judicial Activism, Neo-constitutionalism.

¹ Servidor público federal efetivo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Aluno da pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal e Controle Social (UNICEUB). E-mail: boscovildo2003@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Os limites, expansão e interferência do Poder Judiciário nos outros Poderes da República, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, com o debate sobre a extrapolação ou não da função jurisdicional e possível abalo no sistema de tripartição de poderes e no jovem Estado Democrático de Direito brasileiro, tem sido tema amplamente debatido na doutrina jurídica nos últimos anos, a ponto de esse assunto ganhar destaque no debate jurídico nacional, bem como na mídia não especializada em Direito (veículos de comunicação em geral).

O fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial, conceitos que se inter-relacionam, mas não se confundem, tem se intensificado desde o término da Segunda Guerra Mundial, por vezes confundindo o papel do Judiciário com as funções legislativa e executiva e intrigando os cientistas sociais de vários ramos das ciências humanas.

Conforme ensina Boa Ventura de Souza Santos:

Um dos fenômenos mais intrigantes da sociologia política e da ciência política contemporânea é o recente e sempre crescente protagonismo social e político dos tribunais: um pouco por toda Europa e por todo o continente americano, os tribunais e juízes, os magistrados do MP, as investigações da polícia criminal, as sentenças judiciais surgem nas primeiras páginas dos jornais, nos noticiários televisivos e são temas frequentes de conversa entre cidadãos. Trata-se de um fenômeno novo ou apenas de um fenômeno que, sendo velho, colhe hoje uma nova atenção pública?²

No contexto brasileiro, há decisões, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos anos impactaram sobremaneira a sociedade e, de certa forma, decidem o rumo do país.

Para citar algumas dessas decisões com grande impacto na sociedade e na ciência jurídica, podemos dar como exemplo a regulação do casamento homoafetivo; a autorização de aborto de feto anencéfalo; decisões contraditórias e com grande impacto por ocasião do impeachment da ex-presidenta Dilma Rousseff (mais especificamente a liminar do ministro Gilmar Mendes impedindo a posse do ex-

² HASSELMANN, Gustavo. Ativismo judicial no STF: Acertos ou desacertos? Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294916,81042-Ativismo+judicial+no+STF+Acertos+ou+desacertos>> Acesso em 25 de abril. 2019.

presidente Luis Inácio Lula da Silva como ministro, sob e fundamento de desvio de finalidade, e não aplicação do mesmo entendimento em situações juridicamente iguais em relação aos ministros nomeados pelo Presidente Michel Temer); a limitação do foro de prerrogativa de função, com fixação de restrições não expressas na Constituição Federal; o recente julgado que autorizou o cumprimento de pena (fora das hipóteses de prisão cautelar) a partir da confirmação da condenação em segunda instância (sem necessidade de trânsito em julgado); bem com a possível criminalização da homofobia via interpretação judicial (ainda sob julgamento).

Esses fatos abrem o debate sobre qual o papel e limites do Poder Judiciário, e quais consequências positivas ou negativas para a Democracia podem advir desse ativismo judicial.

Este artigo pretende traçar um conceito de ativismo judicial, relacionando-o com o movimento de se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, jogando luz em alguns dos aspectos negativos que podem advir do ativismo judicial.

2 O QUE É “ATIVISMO JUDICIAL”?

Para se buscar definir um possível conceito de ativismo judicial nos dias atuais, faz-se necessário, num primeiro momento, tecer breves considerações sobre o movimento político jurídico que ficou conhecido como constitucionalismo, bem como sobre a tripartição de poderes e funções, esboçando as funções e os limites de atuação dos poderes instituídos, mais especificamente, no caso do presente trabalho, do Poder Judiciário e da função jurisdicional. Sem essa contextualização, não se afigura possível apreender minimamente a significação do que vem a ser “ativismo judicial”.

Isso posto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere-se ao constitucionalismo como o movimento político jurídico que “visa estabelecer em toda parte *regimes constitucionais*, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”³.

³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 113.

A divisão das funções estatais em três, correspondente a existência de três poderes, é atualmente adotada em quase todas as organizações políticas do mundo. Segundo tal concepção, o Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins por meio de três funções: legislativa, executiva/administração e judiciária/jurisdição.

De modo simples, o poder Legislativo exerce precipuamente a função de fazer as leis (função legislativa), o poder Executivo o papel de “executar”/concretizar as leis (função executiva ou administrativa) e o poder Judiciário o papel de julgar os conflitos aplicando a lei no caso concreto em caso de conflitos, com força de definitividade (função judiciária ou jurisdicional). Em linhas gerais e resumidamente, assim se separa as funções de cada poder, não se ignorando que tal separação pode ser considerada simplista caso se considere as várias nuances e dificuldades de se distinguir materialmente as diferenças e similaridades de cada uma das três funções. Explorar tais complexidade, no entanto, foge ao escopo de presente artigo.

Disto isto, embora se questione ter sido ou não Montesquieu, na obra o *Espírito das Leis*, o primeiro a teorizar sobre a separação de poderes, é quase unânime reconhecer-lhe o mérito de ter sido o primeiro a sistematizar a distinção de funções e órgãos do Estado, organizando os limites e as relações entre os poderes e funções. O referido publicista partiu do pressuposto de que todo aquele que tem poder é tentado a dele abusar e a distribuição do poder estatal entre três órgãos e funções serviria como um sistema “de freios e contrapesos”.

Segundo escreve Elival da Silva Ramos:

As Constituições que consagram os postulados do Estado de Direito jamais deixam de indicar quais são os órgãos titulados ao exercício do poder estatal (os Poderes, com “p” maiúsculo, na terminologia do constitucionalismo brasileiro). No entanto, nem sempre indicam, de modo expresse, a função (ou funções) que lhes compete exercer, com preferência em relação aos demais, e mais raramente ainda se ocupam da caracterização material dessa atividade. Ambas as tarefas, de toda sorte, acabam sendo cumpridas pela doutrina e pelos operadores do sistema, tendo como referencial o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder. E se o fazem é porque não há como deixar de assim proceder, diante da acolhida do princípio da separação no Texto Magno, que exige, como já se salientou, a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, sob o prisma substancial.

Tal função típica admite, alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características matérias intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais⁴.

Nesse sentido, o conceito de ativismo judicial a ser adotado neste trabalho consiste na atividade ou exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário resolver conflitos de interesses e conflitos normativos. Em outras palavras, pode-se definir o ativismo judicial como sendo a atividade do magistrado para além da função jurisdicional, ora adentrando na função executiva (determinando políticas públicas que em tese estariam no espectro de discricionariedade do administrador), ora invadindo a função legislativa (inovando no ordenamento jurídico com decisões judiciais que, a pretexto de interpretar, na verdade criam nova norma com originalidade no ordenamento exercendo o papel de verdadeiro legislador).

Contextualizando historicamente, pode-se dizer que de uma atitude passiva do Judiciário no denominado positivismo liberal, que propunha uma primazia quase absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, que se via no papel de mera subsunção e aplicação mecânica dos enunciados legais, temos o lado diametralmente oposto do ativismo, fenômeno que, pode-se dizer, atinge mais fortemente o Poder Legislativo, que pode ser atingido de duas maneiras: tanto em sede de controle de constitucionalidade (por meio do qual o Poder Judiciário pode irregularmente invalidar, por decisão ativista, lei válida e legítima), quanto por invasão do espaço ou atividade material reservada ao Poder Legislativo quando o Judiciário profere decisões excessivamente criativas. Isso não descarta, também, como já dito, a possibilidade, através do ativismo, de o Poder Judiciário invadir a esfera de competência do Poder Executivo, quando determina, por exemplo, política

⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118.

pública que *a priori* estaria reservada ao espaço de discricionariedade do administrador público (por exemplo, quando o juiz determina o fornecimento de algum medicamento ou tratamento de saúde para determinado indivíduo ou coletividade).

Assim, em resumo, pode-se dizer que o ativismo judicial envolve a participação do Judiciário de forma mais intensa no espaço reservado aos outros poderes. Em outras palavras e em sentido amplo, implica um progressivo deslocamento para o Poder Judiciário de decisões que não seriam de sua alçada. É a configuração de um Judiciário exercendo competências que não lhes são reconhecidas constitucionalmente⁵.

3 ATIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E REVOLUÇÃO JUDICIARISTA

Para se entender as causas do ativismo no Brasil, ou algumas delas, faz-se importante traçar linhas gerais sobre um fenômeno que com ele se relaciona de forma umbilical, qual seja, o movimento denominado “neoconstitucionalismo”. Segundo Daniel Sarmento:

O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “neoconstitucionalismo”. Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento de força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais,

⁵ REVISTA SÍNTESE DIREITO ADMINISTRATIVO. Da Capacidade de Inovação Normativa Jurídica do Poder Judiciário – Analisando o Dogma do “Legislador Negativo”. – Volume 1, nº 1 (Jan 2006). pp. 102/103.

com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁶

No Brasil, pode se dizer que o ativismo judicial, bem como o movimento conhecido como neoconstitucionalismo é impulsionado pela descrença geral da população na política institucionalizada, no descrédito nos partidos políticos e no sistema representativo, afetando a legitimidade e a confiança da população nos agentes públicos e afetando negativamente o Poder Legislativo e Executivo. Facilita o ativismo judicial o mencionado por Sarmento no sentido de que:

(...) No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência. Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral.⁷

Nesse contexto de “neoconstitucionalismo”, nos últimos anos, o Judiciário tem alimentado sua expansão, muitas vezes, com o fundamento implícito ou não abertamente declarado de ser ele o único poder estritamente “técnico” e, por conseguinte, incorruptível e insusceptível a pressões “indevidas”, com membros ilustrados e sensíveis à vontade do povo, apesar de seus membros não serem eleitos pelo povo.

Nota-se, nesse aspecto, a fala do ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso que, interpelado acerca da questão e julgamento que envolve o

⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 26 de abril. 2019.

⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <[https:// http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf](https://http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf)>. Acesso em: 26 de abril. 2019.

cumprimento da pena após a segunda instância, disse que “É preciso interpretar a Constituição em sintonia com o sentimento social”⁸.

Valendo-se de desmoralização da classe política com os escândalos de corrupção noticiados de forma muitas vezes sensacionalista, com cobertura incessante e às vezes cinematográfica pela mídia, principalmente com as denominadas operações “Mensalão” e “Lava-Jato”, que descortinou o envolvimento de parlamentares da maioria dos partidos políticos e de membros do Poder Executivo em prática de crimes contra a Administração Pública, criou-se um ambiente propício para que muitos operadores jurídicos, já habituados a interferir nas políticas públicas pela judicialização da política, decidissem promover a maior interferência do Judiciário, passando a representar, aos olhos da população frustrada e afligida por uma crise econômica, uma alternativa para a renovação da prática política, projetando juízes e promotores como novos atores políticos na medida em que “cassavam” políticos profissionais acusados de corrupção, a ponto de hoje não estar mais se falando simplesmente em ativismo judicial, mas em “Revolução Judiciarista” ou “tenentismo togado”.

Segundo Christian Edward Cyril Lynch, em lúcido ensaio:

O judiciarismo se caracterizava pela defesa do Poder Judiciário como um sucedâneo do poder moderador monárquico, capaz de garantir, por intermédio da jurisdição constitucional, o primado do Estado de direito democrático contra as veleidades oligárquicas ou autoritárias do regime. Foi nessa condição que o judiciarismo legitimou o movimento tenentista e a Revolução de 1930 na década de 1920. Como seu discurso de acentuados contornos éticos, em torno da ideia de uma república liberal e civicamente mobilizada, o judiciarismo tornou-se uma vertente poderosa dentro do liberalismo brasileiro, reverberando nas décadas posteriores na luta dos bacharéis liberais contra o autoritarismo do Estado Novo e do regime militar. (...) O ambiente favorável à afirmação do discurso judiciarista só se delineou na década de 1990, devido à desmoralização do conservadorismo; o generoso desenho institucional da Constituição de 1988; a massificação do ensino jurídico e a valorização das corporações judiciárias, no que tange às suas carreiras e salários, atribuições e competências. A ascensão dos novos atores judiciários foi, por fim, coroada pelo advento do

⁸ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-diz-que-constituicao-deve-ser-interpretada-em-sintonia-com-sentimento-social-22549589>> Acesso em 26 de abril. 2019.

neoconstitucionalismo como filosofia e hermenêutica jurídicas e abençoada por parte da sociologia do direito.

O papel desempenhado pelos juízes e promotores, na qualidade de portadores da Revolução Judiciária, só pode ser adequadamente compreendido na medida em que se entenda o espaço significativo que as “vanguardas modernizadoras” possuem na cultura política brasileira. Em todas as épocas de crise do sistema político-constitucional, sempre que se acreditou difusamente que a classe política se tornou obstáculo ao progresso do país, houve espaço para a emergência de novos personagens, investidos do papel de vanguarda regeneradora da república. Há o tecnocrata apertado e patriota, engenheiro ou médico; há o bacharel ou o jurista liberal ou libertário, geralmente constitucionalista ou penalista; há o militar positivista, etc.

Nos últimos 15 anos surgiu uma categoria nova, a do juiz e a do promotor de justiça que, enrustados no Estado, entendem dever agir no sentido de combater a impunidade política, respondendo apenas à própria consciência iluminada pela Constituição. Por seu perfil ideológico e motivações, os “novos tenentes” são bacharéis ilustrados que, no passado, teriam sido atraídos pela carreira política propriamente dita. Diante das dificuldades opostas pela atual massificação da política, com seu “baixo nível”, porém, esses bacharéis julgaram mais cômodo e eficaz operarem de dentro do próprio Estado, através das instituições e instrumentos judiciais criados pela Constituição de 1988 e fortalecidos no curso das décadas seguintes.

Oriunda geralmente da classe média, legitimados intelectualmente pela aprovação em concurso público, e legalmente pelo papel de representantes funcionais da sociedade civil, esses promotores e juízes têm verdadeira ojeriza à política profissional, especialmente os ocupantes de cargos legislativos. Vistos como pragmáticos, incultos e mal-intencionados, os políticos profissionais viveriam exclusivamente da exploração de um eleitorado pobre e ignorante, desprezando as aspirações cívicas da sociedade civil, entendida como “classe universal”. Imbuídos de um idealismo constitucional, os novos tenentes desejam regenerar a “pureza” das instituições constitucionais de 1988, corrompidas pelos políticos “carcomidos”.⁹

Atualmente, o Poder Judiciário não se constringe em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar, quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo. E o resultado dessas

⁹ LYNCH, Christian Edward Cyril. **Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciária”** Disponível em: <<https://medium.com/@metalogis/ascens%C3%A3o-fast%C3%ADgio-e-decl%C3%ADnio-da-revolu%C3%A7%C3%A3o-judici%C3%A1ria-i-9b5ffc3c8cf6>> Acesso em 27 de abril. 2019.

transformações é dúbio. Por um lado, colocou o Judiciário em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir, declaradamente, como uma das mais importantes instâncias políticas da nação.

O ativismo judicial se encontra na fronteira fluida entre dois mundos distintos: a Política e o Direito. Se o Judiciário ultrapassa esse limite e ingressa num domínio que não lhe é próprio, produz riscos e distancia-se de seus quadros de referência, atuando sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses e programas políticos. Além disso, a adoção de um comportamento ativista por parte dos tribunais implica imposição de limites ao Poder Legislativo, rompendo com a ideia de harmonia e independência entre os poderes.

O risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis pode recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte dos julgadores. Outra objeção que se faz é que juiz nem sempre dispõe de informações, conhecimento e tempo para avaliar o impacto de determinadas decisões sobre a realidade pública e econômica do país.

Além disso, quando essa fronteira entre Direito e Política não é respeitada, a tomada de decisão desnatura a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos outros poderes, e, ao contrário do que se argumenta em defesa do ativismo judicial, é prejudicial à construção conceitual do Estado Democrático de Direito.

Não por acaso, ao se referirem aos tribunais constitucionais e aos seus integrantes, os críticos mais severos costumam chamá-los de quarto poder, a evidenciar o inconformismo desses juristas com o que chamam de um novo governo dos juízes, considerado incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Conforme Lenio Streck, em artigo comentando entrevista do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso.

O problema é que, ainda que estivesse certo, o Ministro Roberto Barroso estaria errado. Porque o Supremo Tribunal não existe para "corresponder aos sentimentos da sociedade"; sua legitimidade não está e nem deve estar subordinada à tônica da "voz das ruas".

Barroso diz que "[e]stamos falando de optar por um sistema que funciona ou um sistema que não funciona". Errado, ministro. Estamos falando sobre optar por seguir o Direito ou por abandonar o único critério que sustenta a democracia. Estamos, sim, falando sobre decidir com base em critérios objetivos ou escolher a partir de um vazio epistêmico subjetivista.

O Supremo pode, é verdade, perder sua legitimidade. Mas pode perder sua legitimidade se fizer exatamente o que propõe a tese de Barroso, e capitular em face de um consequentialismo difuso e abstrato. Em 2013, o ministro Marco Aurelio disse o contrário de Barroso: “— Não julgamos para multidões”. Perfeito, ministro Marco Aurelio. *Não fosse assim, não precisaria existir o STF.* Ele é contramajoritário. E sabem por quê? *Porque a Constituição é um remédio contra maiorias.*

Só mais uma coisa: fosse verdadeira a tese de que um Tribunal Constitucional deve seguir as maiorias, em qual critério de maioria o ministro Barroso se baseia? Qual é o dado empírico?

Permito-me perguntar: *o que é isto – os sentimentos da sociedade? Quem é o seu porta-voz? O STF?*

A professora alemã Ingeborg Maus já advertiu de há muito:

O Judiciário não é o superego da sociedade!¹⁰

Verifica-se, desse modo, que não só a hipertrofia do Judiciário, como a de qualquer outro poder, não se compadece com o princípio da separação de poderes, mas resulta ameaça ao equilíbrio dos poderes e à normalidade da democracia.

Em razão dessas objeções, é necessário atentar para a questão da legitimidade da jurisdição como poder máximo a ser exercido e sem possibilidade de modificação pelos demais poderes. É preciso manter um olhar crítico sobre o sentido, o alcance, a extensão e os limites da justiça, para que ela não se transforme numa forma de governo de juízes.

Essa questão é fundamental para impedir que o ativismo judicial provoque o esvaziamento funcional do Poder Legislativo ao permitir que o Judiciário se imiscua em razões de natureza política, atuando como “legislador invisível” por meio de sua função interpretativa.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Sobre presunção: ainda que estivesse certo, Barroso estaria errado.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-04/senso-incomum-presuncao-ainda-estivesse-certo-barroso-estaria-errado>> Acesso em 27 de abril. 2019.

4 CONCLUSÃO

O ativismo judicial converteu-se na ideia de o julgador fazer quase tudo o que quiser, o que é profundamente danoso aos valores do Estado Democrático de Direito, à separação de poderes e à Democracia, porque permite que juízes, não eleitos, imponham as suas preferências e os seus valores aos jurisdicionados, passando por cima de deliberações do legislador. Além disso, atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz.

Os mecanismos utilizados pelo Judiciário para validar as decisões ditas “ativistas” afirmam-se não raramente em diversos critérios subjetivos, os quais permitem as mais diferentes interpretações. Muitos julgadores, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar, racionalmente, os seus julgamentos. Isso abre um espaço muito maior para o decisionismo judicial travestido sob as vestes do politicamente correto, com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada¹¹. Primeiro decide-se de forma subjetiva, depois, fundamenta-se para amparar aquela decisão.

Contudo, para parcela da doutrina, da qual faz parte Lenio Streck, cumprir a lei é, simplesmente um dever no Estado Democrático de Direito, pois, como se sabe, esse é um dos preços impostos pelo Direito e, sobretudo, pela Democracia.

Parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que “hoje possuímos dois tipos de juízes”: aquele que se “apega” à letra fria (sic) da lei (e esse deve “desaparecer”, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os “princípios” (esse é o juiz que traduziria os “valores” – sic – da sociedade, que estariam “por baixo” da “letra fria da lei”). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais)

¹¹ SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

desindexados de princípios? Cumprir a “letra da lei” é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista?¹²

As recentes reflexões sobre esse tema apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, justamente, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda.

Além do mais, quando a população em geral começa a perceber as decisões do Poder Judiciário e em especial do Supremo Tribunal Federal como decisões políticas, e não jurídicas, o respeito e cobrança popular sobre o poder Judiciário passa a ter critérios políticos e não jurídicos, ou seja, a legitimidade do órgão e de suas decisões passa a ser aferida pela população de acordo com a representatividade política do julgado e de sua adequação com os anseios políticos da sociedade ou de determinado grupo. Em outras palavras, o acerto ou desacerto das decisões passam a ser medido pela régua da política e não pela régua da fundamentação adequada juridicamente, o que pode ser muito perigoso numa sociedade cada vez mais polarizada politicamente como a brasileira.

Não à toa notamos a crescente crise de legitimidade do Judiciário, a ponto de a frase dita pelo deputado federal mais votado do Brasil no sentido de que “Basta um cabo e um soldado para fechar o STF”¹³ estar ganhando cada vez mais adeptos e o discurso de “impeachment” de ministros do Supremo Tribunal Federal estar ganhando ressonância e apoio crescente, desequilibrando cada vez mais o respeito e independência entre os Poderes e acentuando a crise institucional pelo qual o Brasil passa nos últimos anos.

REFERÊNCIAS

HASSELMANN, Gustavo. **Ativismo judicial no STF: Acertos ou desacertos?** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI294916,81042-Ativismo+judicial+no+STF+Acertos+ou+desacertos>> Acesso em 25 de abril. 2019.

¹² Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>> Acesso em 28 de abril. 2019.

¹³ Disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/5939007/para-fechar-o-stf-basta-um-soldado-e-um-cabo-diz-eduardo-bolsonaro>> Acesso em 30 de abril. 2019.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judicialista”** Disponível em: <<https://medium.com/@metalogis/ascens%C3%A3o-fast%C3%ADgio-e-decl%C3%ADnio-da-revolu%C3%A7%C3%A3o-judicialista-i-9b5ffc3c8cf6> >.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REVISTA SÍNTESE DIREITO ADMINISTRATIVO. Da Capacidade de Inovação Normativa Jurídica do Poder Judiciário – Analisando o Dogma do “Legislador Negativo”. – Volume 1, nº 1 (Jan 2006). P. 102 e 103.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>.

SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **E a professora disse: você é um positivista**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>.

STRECK, Lenio Luiz. **Sobre presunção: ainda que estivesse certo, Barroso estaria errado**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-04/senso-incomum-presuncao-ainda-estivesse-certo-barroso-estaria-errado> >

O APARENTE CONFLITO NA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

THE APPARENT CONFLICT IN THE SEPARATION OF STATE FUNCTIONS

Ralf de Matos Siqueira¹

RESUMO

O presente artigo descreve de maneira breve um histórico sobre a separação das funções estatais para, em seguida, diferenciar as funções típicas e atípicas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com vistas a dirimir os conflitos aparentes existentes entre elas. Descrita a função de cada poder, passa-se a verificar o sistema de freios e contrapesos, também conhecido como Checks and balances, o qual visa equilibrar o sistema e impedir que um Poder invada a esfera de atuação do outro, deixando bem claro o limite de atuação de cada um. Ao delimitar os limites de atuação de cada função estatal, busca-se a diferença principal entre cada uma, ao mesmo tempo em que se dirime qualquer tipo de conflito, seja ele positivo ou aparente.

Palavras-chave: Separação das funções estatais; Poderes do Estado; Freios e contrapesos.

ABSTRACT

This article briefly describes a history of the separation of state functions and then differentiates the typical and atypical functions of the Executive, Legislative and Judicial branches with a view to resolving the apparent conflicts between them. Described the function of each power, it is verified the system of checks and balances, also known as Checks and Balances, which aims to balance the system and prevent one Power from invading the sphere of action of the other, making clear the limit of each one. When delimiting the limits of performance of each state function, the principal difference between each one is sought, at the same time as any type of conflict, whether positive or apparent, is resolved.

Keywords: Separation of state functions; Powers of the State; Brakes and counterweights.

¹ Bacharel em Direito, Pós-Graduando em Direito Penal e Controle Social.

1 INTRODUÇÃO

No texto constitucional está positivado que o povo é o detentor do Poder, o qual será exercido através de seus representantes eleitos. Ao receber esse Poder o Estado deverá perseguir os fins sociais, ou seja, o bem de todos. Para que seja atingida a finalidade Estatal, o Poder foi dividido em três partes, com base nos ideais de Montesquieu, que após a Revolução Francesa passou a defender o modelo, onde as funções resultantes da separação seriam autônomas e harmônicas entre si. Os poderes resultantes da divisão são representados pelo Executivo, Legislativo e Judiciário. O modelo proposto baseava-se em mecanismos de freios e contrapesos, que impedissem a concentração de poder nas mãos de um único órgão ou grupo de pessoas, com a finalidade de se evitar que surgisse uma espécie de superpoder.

Ao serem definidas as funções estatais, cada um dos poderes tornou-se responsável por uma, onde o Poder Legislativo tornou-se encarregado pela criação das Leis, o Poder Judiciário por exercer a jurisdição, ou seja, dizer o Direito, e o Poder Executivo por administrar os bens públicos e aplicar a Lei ao caso concreto. Tais definições além de imprecisas não são capazes de exteriorizar a real dimensão da atuação de cada um, uma vez que além de suas funções precípuas cada um exerce as outras duas funções de forma atípica. Esse comportamento dificulta a imposição de limites a atuação dos Poderes no exercício de suas funções, e nos traz a ideia de aparente conflito entre elas.

Serão analisados os Poderes da União, situação em que serão estabelecidas as funções inerentes a cada um deles. Identificadas as funções dos Poderes, serão analisados os limites de atuação de cada um, a descrição de suas funções típicas e também atípicas, onde o objeto principal da análise é dirimir qualquer dúvida quanto as suas características e limites de atuação. Nesse contexto deve-se demonstrar que há diferenças em suas funções, e que o conflito quanto ao limite de atuação é aparente.

2 SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Marcelo Alexandrino explica que a constituição traz em seu texto, de maneira expressa, a regra de que o povo é o detentor do poder, que o confere ao Estado, para

que esse o exerça através de seus representantes, conforme podemos constatar em estrato a seguir: “A Constituição Federal explícita que "todo o poder emana do povo" (art. 1º, parágrafo único). Não obstante, o ordenamento jurídico confere ao Estado uma gama de poderes e prerrogativas cuja finalidade é, tão somente, possibilitar o atingimento dos fins públicos”²

O Estado, para dar efetividade as funções que lhe são inerentes, desempenha inúmeras atividades, cuja finalidade principal é a promoção do bem de todos. Para atingir sua finalidade de maneira especializada, o Estado, no âmbito de sua estrutura política, dividiu seu poder em três partes, baseado na ideia de Montesquieu, o que resultou na criação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Conforme ensinamento de Alexandrino:

No âmbito da organização política do Estado, o termo "Poderes" (com inicial maiúscula) reporta a conjuntos de órgãos que representam mera divisão estrutural e funcional interna de um ente federativo estabelecida com o escopo de propiciar certo grau de especialização no exercício das diversas competências públicas e, ao mesmo tempo, impedir a concentração de todo o poder estatal nas mãos de uma única pessoa ou organização. No esquema clássico de tripartição, concebido por Montesquieu, os Poderes do Estado são o Legislativa, o Executivo e o Judiciário.³

Com vistas a uma atuação livre de arbitrariedades, voltada ao respeito dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, é feita a divisão das funções estatais, tornando possível que cada órgão receba uma parcela de autonomia, sem deixar de observar o princípio da harmonia em relação aos demais poderes, que acabam exercendo de maneira atípica as outras duas funções restantes, conforme explica a seguir, Carvalho Filho.

A cada um dos Poderes de Estado foi atribuída determinada função. Assim, ao Poder Legislativo foi cometida a função normativa (ou legislativa); ao Executivo, a função administrativa; e, ao Judiciário, a função jurisdicional. Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância [...] por essa razão é que os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas), desempenham também funções que

² ALEXANDRINO, Marcelo. Direito administrativo descomplicado. - 25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 58.

³ Ibid

materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (funções atípicas)⁴

Conforme exposto anteriormente, cabe ao Poder Executivo a função precípua de administrar, ao Poder Legislativo a função normativa, e ao Poder Judiciário a função jurisdicional. Tal constatação não afasta a possibilidade de que exerçam de maneiras atípica as demais funções inerentes aos outros dois poderes, desde que seja respeitado o limite de sua competência, o que traz a debate a ideia de harmonia e autonomia.

Carvalho Filho explicou, de forma detalhada, a função típica, e também como cada poder poderia exercer de maneira atípica as demais funções. Conforme extratos de sua obra, a seguir expostos.

Em um primeiro plano o autor demonstra que:

O Legislativo, por exemplo, além da função normativa, exerce a função jurisdicional quando o Senado processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal pelos mesmos crimes (art. 52, II, CF). Exerce também a função administrativa quando organiza seus serviços internos (arts. 51, IV, e 52, XIII, CF).⁵

Já em uma outra perspectiva, o jurista expõe de maneira clara que: “O Judiciário, afora sua função típica (função jurisdicional), pratica atos no exercício de função normativa, como na elaboração dos regimentos internos dos Tribunais (art. 96, I, “a”, CF), e de função administrativa, quando organiza os seus serviços (art. 96, I, “a”, “b”, “c”; art. 96, II, “a”, “b” etc.)”⁶

E por último e não menos importante, o ilustre doutrinador, destaca o seguinte:

Por fim, o Poder Executivo, ao qual incumbe precipuamente a função administrativa, desempenha também função atípica normativa, quando produz, por exemplo, normas gerais e abstratas através de seu poder regulamentar (art. 84, IV, CF),⁷ ou, ainda, quando edita medidas provisórias (art. 62, CF) ou leis delegadas (art. 68, CF). Quanto à função jurisdicional, o

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 56.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 56.

⁶ Ibid

sistema constitucional pátrio vigente não deu margem a que pudesse ser exercida pelo Executivo.⁸ A função jurisdicional típica, assim considerada aquela por intermédio da qual conflitos de interesses são resolvidos com o cunho de definitividade (res iudicata), é praticamente monopolizada pelo Judiciário, e só em casos excepcionais, como visto, e expressamente mencionados na Constituição, é ela desempenhada pelo Legislativo.⁷

Uma leitura atenta nos dá a dimensão de que temos três poderes constituídos, independentes e harmônicos entre si. Tal harmonia nos dá uma ideia de que um poderá exercer a função do outro de maneira atípica, o que por fim poderá gerar algumas controvérsias e ao mesmo tempo a ideia de conflito.

Outro ponto que nos leva a verificar a existência de um aparente conflito entre os poderes é o fato de não haver uma divisão bem definida entre eles, e também a possibilidade de interferência de um no outro, o que resulta na ideia de freios e contrapesos. A situação descrita se confirma quando um dos poderes interfere de maneira recíproca sobre o outro, quando por exemplo o legislativo edita uma lei e o judiciário a considera inconstitucional. Esse contexto vai ao encontro do que ensina Maria Sylvia Zanella de Pietro, conforme extrato de sua obra a seguir:

É sabido que não há uma separação absoluta de poderes; a Constituição, no artigo 2º, diz que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, Mas, quando define as respectivas atribuições, confere predominantemente a cada um dos Poderes uma das três funções básicas, prevendo algumas interferências, de modo a assegurar um sistema de freios e contrapesos. Assim é que os Poderes Legislativo e Judiciário, além de suas funções precípua de legislar e julgar, exercem também algumas funções administrativas, como, por exemplo, as decorrentes dos poderes hierárquico e disciplinar sobre os respectivos servidores.⁸

Temos ainda a participação do Executivo na função Legislativa, quando o presidente dá início a um projeto de lei, ou até mesmo quando confere seu veto a uma lei aprovada pela Assembleia Legislativa. Assim baseada no texto constitucional explica Di Pietro, “Do mesmo modo, o Executivo participa da função legislativa, quando dá início a projetos de lei, quando veta projetos aprovados pela

⁷ Ibid

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 86.

Assembleia, quando adota medidas provisórias, com força de lei, previstas no artigo 62 da Constituição.”⁹

Nesse mesmo sentido, explica ainda a ilustre autora que o legislativo poderá exercer a função jurisdicional de forma atípica para julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade, os Ministros de Estado e até mesmo os comandantes as Forças Armadas, conforme trecho a seguir:

O Legislativo também exerce algumas funções judicantes, como no caso em que o Senado processa e julga o Presidente da República por crime de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, ou quando processa e julga os Ministros do STF, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, incisos I e II, da Constituição).¹⁰

Com base nos posicionamentos expostos podemos ter uma base de quão complexas são as funções desempenhadas pelo Estado, e também do desafio para manter essa harmonia, visto que em várias situações cotidianas uma função acaba invadindo a esfera de atuação da outra de forma inevitável. A seguir serão descritos os poderes, suas atribuições e funções precípuas, além das delimitações de atuação de cada um.

3 PODERES DA UNIÃO

Ao se valer da visão dada por Montesquieu, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele. Afirma ainda que os poderes responsáveis por exercer as funções estatais encontram limites neles mesmos, visto que somente o poder é capaz de impor limite ao próprio Poder. Dai então, teve origem a ideia de divisão desse instituto único, ilimitado em três partes, capazes de se frearem e também se equilibrarem, conforme trecho a seguir:

⁹ Ibid

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 186.

Afirmava Montesquieu, como dantes se anotou, que todo aquele que detém Poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites. Aceitas tais premissas, realmente só haveria uma resposta para o desafio de tentar controlar o Poder. Deveras, se o Poder vai até onde encontra limites, se o Poder é que se impõe, o único que pode deter o Poder é o próprio Poder. Logo, cumpre fracioná-lo, para que suas parcelas se contenham reciprocamente. Daí sua conclusão: cumpre que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; cumpre que aquele que julga não faça as leis nem as execute; cumpre que aquele que executa não faça as leis, nem julgue. E assim se afirma a ideia da tripartição do exercício do Poder.¹¹

A divisão do poder em três, com o intento de que estas partes se contenham reciprocamente, foi baseado na hipótese de que somente o poder poderia conter-se. Por isso foi sistematizada a ideia de que quem cria a lei não a execute e nem julgue, ao que julga não fazer nem executar a lei, e ao que executa a lei não a faça e nem julgue. Dessa divisão surgiu a noção da divisão do Poder e três partes, autônomas e harmônicas entre si.

O texto da atual constituição, criada no ano de 1988, traz de forma expressa, em seu artigo 2º os Poderes que compõe a União. Ao ser combinado com o artigo 60 parágrafo quarto da mesma carta, aquele dispositivo então mencionado, é elevado ao status de clausula pétrea, o que significa dizer que não poderá ser muda, ou ter proposta de mudança. Conforme texto constitucional: “Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário:§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes.”¹²

O assunto em questão possui imensa importância para o funcionamento do Estado. Diante de sua dimensão o legislador, além de fazê-la constar no texto constitucional, teve ainda o cuidado de elevá-la ao status de cláusula pétrea, não

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. – 27. ed. – São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

sendo passível de proposta de emenda, com a intenção de abolir seu conteúdo do texto da magna carta.

Conforme explica Di Pietro, em decorrência da Revolução Francesa nasceram o direito administrativo e também o direito constitucional, o que mais tarde resultaria em um movimento o qual deu origem ao Estado Democrático de Direito. Todo acontecido fortaleceu a ideia de separação de poderes, a qual objetivava assegurar a liberdade do cidadão diante das prerrogativas do poder público.

Na realidade, pode-se afirmar que, qualquer que tenha sido o intuito inicial da criação do Direito Administrativo, o fato é que, sob o ponto de vista jurídico, ele nasceu junto com o constitucionalismo e com o Estado de Direito, não tendo como furtar-se à influência dos ideais filosóficos que inspiraram a Revolução Francesa (representados especialmente pelas figuras de Rousseau e de Montesquieu) e deram nascimento aos princípios da separação de poderes, da isonomia, da legalidade e do controle judicial.¹³

Ao analisar as questões abordadas podemos concluir que todo o movimento transformador do Estado, o qual passou a se submeter ao ordenamento jurídico e aos limites da lei, são resultado da já mencionada Revolução Francesa. Explica Di Pietro que tiveram grande influência Rousseau e Montesquieu, o quais também são responsáveis pela ideia de separação de poderes e suas funções, os quais passaremos a seguir.

3.1 Poder Legislativo

No texto constitucional temos de forma expressa as funções do Poder Legislativo em qualquer das esferas de governo, e figura entre elas a sua principal função, que é a de legislar, que em outras palavras, significa criar leis. O artigo 59 da Constituição Federal de 1988 descreve de maneira clara sua atribuição através do processo legislativo. Em trecho extraído da obra de Diogo de Figueredo Moreira Neto, o autor deixa claro que a função normativa é resultado da atuação legislativa é também executiva, onde o chefe do executivo sanciona ou veta a norma legal.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 64.

A função normativa é a atuação típica do Poder Legislativo (art. 48, CF), ao qual estão reservadas todas as expressões do Poder Estatal, explícitas ou implícitas, necessárias para elaborar a norma legal. Não obstante, cabe ao Poder Executivo exercê-la também em cooperação com o Poder Legislativo (as remissões são à Constituição Federal): a) na elaboração de leis delegadas (art. 59, IV); b) na iniciativa geral das leis (art. 61, caput); c) na iniciativa privativa (art. 61, § 1.º); d) na participação sancionatória (art. 66, caput); e) no veto (art. 66, § 1.º); e f) na celebração de tratados e convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional (arts. 49, I, e 84, VIII).¹⁴

Ao explicar a função legislativa Moreira Neto também aborda seu aspecto material, explicando que as Leis são manifestações de vontade do Estado, que criam, modificam e extinguem situações jurídicas de maneira geral. Já em seu sentido formal a Lei expressará a vontade do Poder Legislativo, o qual contará em seu processo de criação com o Poder Executivo, que terá a iniciativa de criação da norma, a sanção ou o veto, como apontado em trecho extraído de sua obra:

A função normativa é a instituidora da ordem jurídica e se realiza pela criação da norma legal – a lei, como expressão tomada no sentido amplo. A lei tanto pode ser apreciada em seu aspecto formal, como em seu aspecto material. Leis, em sentido material, são as manifestações de vontade do Estado que, como leciona Léon Duguit, “criam, modificam ou extinguem uma situação jurídica geral”. Em sentido formal, reserva-se a expressão para designar especificamente uma manifestação de vontade do Poder Legislativo, editada com a participação do Executivo. O exercício de função normativa em sentido material, que não se revista da força de lei, ou seja, que não crie, modifique ou extinga uma situação jurídica geral, só produzirá normas secundárias, de natureza administrativa.¹⁵

A atuação conjunta de duas funções estatais para a produção de um mesmo resultado confere características comuns à duas atuações diferentes. Tal fato cria uma certa zona de indeterminação, no tocante ao limite de atuação de cada uma, situação que poderá resultar em um aparente conflito no exercício do poder estatal.

Di Pietro descreve como a função administrativa se vale de atos normativos, e alguns instrumentos constitucionalmente previstos para atingir seu fim, como por exemplo “o decreto regulamentar. O poder normativo da Administração ainda se

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.82.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.82.

expressa por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo.”¹⁶

O Poder Legislativo também exercerá função judiciária, situação em que o Senado Federal será responsável em processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os ministros do STF, o Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público pelos crimes de responsabilidade, conforme texto constitucional a seguir:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99); II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).¹⁷

Também será atribuída ao Senado Federal competência para processar e julgar os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza, desde que em conexão com as pessoas descritas em primeiro plano. Nos exemplos acima mencionados temos o Poder Legislativo exercendo função tipicamente pertencente ao Poder Judiciário, o qual passaremos a analisar.

3.2 Poder Judiciário

No contexto da separação dos poderes coube ao Judiciário exercer a jurisdição, o que significa dizer o direito aplicável às lides, resultantes as relações sociais e políticas. Estamos falando exatamente de sua função precípua. Ao exercer a

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 258

¹⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

função jurisdicional o poder judiciário exerce em síntese, o controle de cumprimento do que está previsto na Lei.

Moreira neto ensina que “A função jurisdicional é exercida para, em síntese, executar o controle da observância da ordem jurídica – o controle de juridicidade – geralmente operado em concreto e, algumas vezes, em abstrato, e, ainda, quando for o caso, para executar a imposição concreta e definitiva da vontade ordinatória nela contida.”¹⁸ Tal afirmação deixa claro que ao aplicar a Lei deverá ser observado o seu caráter definitivo.

A aplicação da Lei não se trata de uma função exclusiva do Poder Judiciário, visto que o Poder Executivo ao exercer sua função administrativa também o faz. Esse fenômeno possui diferenças sutis, situação que em alguns casos, traz novamente a ideia de conflito já mencionada, ao abordar a primeira função do Estado.

A solução para esse aparente desencontro, conforme ensina Moreira Neto em trecho de sua obra, se dá pela garantia da certeza jurídica (verdade ficta) e pela definitividade (coisa julgada), atributos inerentes aos atos de jurisdição, despidos dos atos de execução.

Outra distinção de cunho mais prático, que se pode levantar, entre as duas funções, a jurisdicional e a administrativa, se obtém cotejando os respectivos efeitos. A função jurisdicional, expressada por atos que lhe são próprios, tem, na decisão judicial, o seu ato culminante, introduzindo comandos específicos, que derivam da aplicação da norma específica a ser retirada dialeticamente a partir da lei e dos demais subsídios da ordem jurídica vigente, e que é garantida pela certeza jurídica (verdade certa) e pela definitividade (coisa julgada).¹⁹

A atuação do Poder Judiciário não se restringe somente ao que foi exposto, visto que os pontos abordados não são capazes de abarcar todas as controvérsias. Algumas técnicas de interpretação da Lei proporcionam aos aplicadores os meios

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.78.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.79.

necessários para harmonização e correto entendimento a cerca do texto legal, conforme passaremos a observa na abordagem do Próximo Poder.

3.3 Poder Executivo

O Poder executivo é o responsável pela função administrativa, ligada ao planejamento, decisão, execução e controle relacionados à gerencia dos interesses públicos, entendidos como os especificamente direcionados pela ordem jurídica à administração do Estado. Tal afirmação nos permite dizer que ao Poder Executivo restará de forma residual satisfazer todo interesse descrito com público, excluídas as funções normativa e jurisdicional, conforme aponta Moreira Neto:

A função administrativa, por essa razão, abrange toda atividade estatal residual, denida por exclusão da normativa e da jurisdicional, exercida por qualquer dos Poderes ou por qualquer dos órgãos constitucionalmente autônomos, de modo que se estende sobre um vastíssimo campo de competências, sicientemente amplo para conferir ao Estado atribuições executivas destinadas a satisfazer interesses qualificados como públicos.²⁰

A medida em que se aprofunda o estudo voltado a função administrativa torna-se cada vez mais difícil sua diferenciação das demais funções, devida a grande gama de atividades a serem desenvolvidas em seu âmbito de atuação. Por isso são separadas as funções legislativas e judiciais, sendo consideradas administrativas as que restarem, conforme ensina Rafael Carvalho de Rezende Oliveira:

Não é tarefa simples a conceituação da função administrativa e a sua diferenciação com as demais funções estatais (legislativa e judicial). Cada vez mais complexa, em razão da pluralidade de atividades que se inserem no seu conceito (poder de polícia, função regulamentar, fomento, serviços públicos, regulação etc.), a atividade administrativa tem sido caracterizada de forma residual para englobar, em princípio, todas as atividades não legislativas e não judiciais.²¹

Em termos práticos, podemos afirmar com base nos parágrafos anteriores, que caberá ao Poder Executivo, através de sua função precípua, administrar o Estado, nos limites previstos em Lei, com vistas ao atendimento das necessidades de

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.79.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. — 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

seus administrados, ou seja adotar medidas necessárias à consecução do bem de toda coletividade, através da administração dos bens públicos.

4 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Ao abordar o sistema de freios e contrapesos, também conhecido com checks and balances, percebemos a dinamicidade dos poderes quanto ao exercício de suas funções. Para que seja assegurada a harmonia e a interdependência entre eles, foi desenvolvida a técnica dos freios e contrapesos por Montesquieu, a qual surgiu para garantir que nenhum poder se sobreponha ao outro, conforme explica Matheus Carvalho

O controle judicial dos atos administrativos se baseia no fato de que o sistema brasileiro adota um sistema de freios e contrapesos entre os Poderes do Estado, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu art. 2º, dispõe que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". A harmonia entre os Poderes justifica a possibilidade de controle exercido entre eles.²²

O equilíbrio proposto pelo sistema de pesos e contrapesos visa evitar que abusos ocorram no âmbito do poder público, que surja uma espécie de Superpoder, o que poderia levar à desestabilização severa do governo, que resultaria na transformação da democracia em uma ditadura. A abordagem ante exposta vai ao encontro do raciocínio de Alexandre de Moraes, que ao comentar o sistema de freios e contrapesos, fez a seguinte afirmação:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. Tais garantias são invioláveis e imposteráveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. Quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.²³

²² CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

²³ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 69.

O ilustre jurista, em trecho supra exposto afirma que para exercerem suas funções estatais os Poderes necessitam de garantias e prerrogativas constitucionais, as quais de certa forma não estão bem delimitadas no texto da Carta Magna. Essa falta de delimitação desperta outros autores a se valerem da visão de outros juristas, como Kelsen por exemplo.

O ilustre Hans Kelsen afirma que não seriam três, mas duas as funções estatais, porque o judiciário exerce função análoga ao executivo. Por isso Kelsen sustenta que as funções estatais na verdade são duas e não três, sejam elas: a de criar o Direito, Típica do Poder legislativo, e a de executar o Direito, o que tanto é desempenhada pelo Poder executivo como pelo Poder Judiciário, conforme trecho da obra o ilustre professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Embora em posição muito distinta da de Kelsen, também considera que só há duas funções no Estado: a administrativa e a jurisdicional. A administrativa visa integrar a ordem jurídico- social, mediante duas atividades: a de legislar e a de executar, possuindo, portanto, um caráter político de programação e realização dos objetivos públicos. A jurisdicional tem por objeto o próprio Direito, possuindo, portanto, um caráter manifestamente jurídico. Visa a manter a ordem jurídica vigente ameaçada ou violada.²⁴

Ao defender que existem apenas duas funções o ilustre jurista deixa claro que não há uma delimitação precisa, provando que podem existir dois ou três funções estatais. Tal constatação põe em risco a teoria dos pesos e contrapesos, uma vez que não se pode frear, o que não se sabe ao certo, se existe ou não.

Em alguns casos constitucionalmente descritos, já abordados, como no exemplo do artigo 52, o Senado Federal é chamado a exercer a jurisdição, função típica do Poder Judiciário. Quais são os critérios utilizados para conferir a função jurisdicional aos Senadores? A ausência de critérios objetivos em algumas situações, em que um poder exerce a função típica do outro, pode gerar uma certa sensação de conflito.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, Princípios Gerais de Direito Administrativo, Malheiros Editores, v. I, 3a ed., 2007, p. 49

Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99); II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).²⁵

Limitar a atuação de cada Poder no exercício de suas funções constitucionais, é missão muito difícil de ser definida, visto que como já exposto, os poderes possuem funções constitucionalmente determinadas, mas exercem de maneira atípica as outras funções.

Determinar as diferenças entre os poderes não é algo fácil, porém algumas sutis diferenças em suas atuações parecem de certa forma colocar fim ao embate em questão, trazendo de certa forma uma resposta viável aos questionamentos ligados a diferença de cada um e aos seu limite de atuação.

A função legislativa é a única capaz de gerar inovações jurídicas primárias, ou seja, produzir o novo para o Direito, criar novos direitos e novas obrigações. Conforme entendimento de Eros Grau “A norma jurídica, elemento essencial no sistema jurídico, consiste, em uma inovação primária, geral e abstrata no ordenamento jurídico.”²⁶

Com base no que afirma o ilustre Eros pode-se concluir que o único Poder capaz de inovar na ordem jurídica é o Legislativo. Quando os Poderes Judiciário e Executivo Legislatam, o fazem de maneira secundária, que por eliminação, conclui-se não serem capazes de inovar no mundo jurídico. Essa é a principal diferença do Poder Legislativo para os demais.

A ilustre professora Fernanda Marinela, em trecho de sua obra *Direito Administrativo*, no trecho a seguir também afirma que:

Primeiramente, o Poder Legislativo exerce como função típica a função legislativa, possibilidade de elaboração das leis, função normativa que tem como principal

²⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²⁶ GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 240.

característica o fato de ser abstrata, de estabelecer normas gerais e de produzir inovações primárias no mundo jurídico, o que lhe é peculiar.²⁷

A autora consegue explicar de maneira simples e clara a principal diferença da função Legislativa para as demais. Afirma também que o Poder Judiciário ao exercer sua função precípua é capaz de promover situação de intangibilidade jurídica, o que significa dizer, somente a função jurisdicional é capaz de estabelecer a coisa julgada, porém sem a capacidade de produzir inovações primárias.

Para o Poder Judiciário, cabe tipicamente à função judiciária, judicial ou jurisdicional, que representa a aplicação coativa da lei aos litigantes, estabelecer regras concretas (julga em concreto), não produzindo inovações primárias no mundo jurídico. Trata-se de uma função indireta, porque depende de provocação e propicia situação de intangibilidade ou imutabilidade jurídica, vale dizer, impossibilidade de mudança, produzindo coisa julgada, o que não acontece nas demais funções.²⁸

Por último, a autora destaca que ao Poder Executivo é o mais difícil de ser enquadrado em alguma regra devido a sua grande demanda de funções exercidas. Tamanha demanda nos leva a conclusão de que estamos diante de uma função residual, visto que esse Poder não é nem capaz de gerar inovação jurídica primária, e nem produzir situação de intangibilidade jurídica conforme texto extraído de sua obra:

No Poder Executivo, encontra-se a função administrativa que apresenta inúmeras dificuldades para conceituação, em razão da grande heterogeneidade das suas atividades. Em resumo, compreende a conversão da lei em ato individual e concreto. Desse modo, essa função estabelece regras concretas; não inova o ordenamento jurídico; é direta porque independe de provocação, além de ser revisível pelo Poder Judiciário, não produzindo uma verdadeira coisa julgada.²⁹

Ao analisar todo o apanhado até aqui exposto, podemos concluir que a Função legislativa é basicamente ligada elaboração das leis, capaz de produz inovações primárias no mundo jurídico. Já a Função Judiciária está relacionada a aplicação coativa da lei, não produzindo inovações primárias, produzindo a situação

²⁷ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. — 4. ed. - Niterói: Impetus, 2011, p. 17.

²⁸ Ibid

²⁹ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. — 4. ed. - Niterói: Impetus, 2011, p. 17.

de intangibilidade jurídica, ou seja, coisa julgada. E por último a Função administrativa está ligada a conversão da lei em ato individual e concreto, não sendo capaz de produzir inovações primárias, podendo ter todos seus atos revistos pelo Poder judiciário.

Por fim pode-se inferir que o conflito entre as funções estatais ocorre de maneira aparente, visto que suas características dão total condição ao sistema de pesos e contrapesos, até então abordado. O fato de um poder exercer de maneira atípica a função do outro, por si só, não pode gerar dúvidas quanto ao limite em que cada um pode chegar, uma vez que os três possuem característica intrínsecas, as quais a doutrina deixa claro que são inconfundíveis, conforme apresentou Fernanda Marinela, ao diferenciar a área de atuação de cada um.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação dos poderes proposta por Montesquieu traz consigo alguns entraves, que dificultam sua aplicação ao caso concreto. Sua teoria prevê a divisão do poder em três funções que serão desenvolvidas de maneira independente e harmônicas entre si. Tal fato tem gerado um certo conflito aos aplicadores do Direito, devida a dificuldade em se definir o que é função precípua e o que é função atípica. O conflito aparente torna-se mais ferrenho quando constatamos que os Três poderes exercem atipicamente funções muito parecidas, gerando uma certa indeterminação, devido a aplicação do sistema de freios e contrapesos, que resulta em um enorme entrave quando se trata de identificar as diferenças de atuação de cada ente.

Em um primeiro plano ao analisar o Poder Legislativo, ficou claro que esse é responsável por exercer precipuamente a função legislativa ou normativa, ligada à elaboração das leis, onde sua principal característica é de criar normas gerais e de produzir inovações primárias no mundo jurídico.

Em uma segunda análise ao Poder Judiciário, cabe precipuamente à função judiciária ou jurisdicional, que representa a aplicação coercitiva da lei às partes, julgando em concreto, não sendo capaz de produzir inovações primárias no mundo jurídico. Pode ser considerada uma função indireta, visto que depende de

provocação, sendo a única capaz de promover a intangibilidade ou imutabilidade jurídica, produzindo coisa julgada.

E por último, no Poder Executivo, é identificada função administrativa que apresenta enorme dificuldade para sua conceituação, em razão da vasta gama de atividades inerentes a ela, o que a torna responsável de forma residual por todas as atividades não vinculadas aos outros poderes. Em uma breve análise sua atuação se materializa na aplicação da lei ao caso concreto. Tal característica torna essa função estabelecadora de regras concretas, não sendo capaz de inovar o ordenamento jurídico, além de poder ter todos os seus atos revisáveis pelo Poder Judiciário.

A determinação dos limites de atuação de cada Poder descrita não é capaz de dirimir todos os conflitos entre as funções estatais presentes no modelo de tripartição dos poderes, mas serve como auxílio para desvendar os choques aparentes, e auxiliar o entendimento dos operadores do Direito, da forma como cada uma funciona, permitindo-os identificar suas principais diferenças e ramos de atuação dentro da estrutura estatal.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. - 25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. – 27. ed. – São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Malheiros Editores, v. I, 3a ed., 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 56.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. — 4. ed. - Niterói: Impetus, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo. parte introdutória, parte geral e parte especial**. — 16. ed. rev. e atual. — Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. — 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AGÊNCIAS REGULADORAS: SUPERAÇÃO DA TRADICIONAL TRIPARTIÇÃO DE PODERES E CONSTITUCIONALIDADE DO SEU PODER NORMATIVO

*REGULATORY AGENCIES: THE OVERCOME OF THE TRADITIONAL
TRIPARTITION OF POWERS AND CONSTITUTIONALITY OF ITS
NORMATIVE POWER*

Thiago Rodrigues Martins¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva conhecer o histórico e as características gerais das agências reguladoras brasileiras, bem como a sua adequação ao princípio da separação de funções do Estado e a constitucionalidade e os limites de exercício do poder normativo das agências. A pesquisa foi empreendida a partir da análise qualitativa da doutrina e a conclusão indica que tais entidades reforçam os objetivos pretendidos pelo princípio da separação de poderes, assim como o seu poder normativo é constitucional e desejável para um produtivo exercício da regulação, dentro de limites.

Palavras-Chave: Agências reguladoras; separação de poderes; poder normativo.

ABSTRACT

This paper aims to know the history and general characteristics of Brazilian regulatory agencies, as well as their adequacy to the principle of separation of functions of the State and the constitutionality and limits of the exercise of normative power of the agencies. The research was undertaken from the qualitative analysis of the doctrine and the conclusion indicates that such entities reinforce the intended objectives by the principle of separation of powers, just as its normative power is constitutional and desirable for a productive exercise of regulation, within limits.

Keywords: Regulatory agencies; separation of powers; normative power.

¹ Advogado, graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal, pós-graduando lato sensu em Novas Tendências do Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB/ICPD), e-mail: thiagomartins.advogado@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O direito administrativo, enquanto área da ciência jurídica responsável pelo estudo de significativa parte dos instrumentos à disposição do Estado para operacionalizar a atuação deste, tem sofrido modificações ao longo do tempo, especialmente em virtude das próprias transformações que acometem a sociedade.

Dos séculos XVIII ao XX, essas transformações foram muito intensas no que toca às relações entre particulares, visando a produção e comercialização de bens e serviços, e entre o Estado e os particulares, em virtude da progressiva assunção de responsabilidades do Estado pela prestação de serviços públicos visando a implementação de direitos e garantias individuais e sociais.

Do absolutismo ao Estado liberal, do liberal ao social, e, no pós-guerras do século XX, do social aos Estados Democráticos de Direito, a regência da ação estatal foi carecendo de uma adaptação cada vez maior. Com a criação do *welfare state* – estado de bem estar social –, a responsabilidade das chamadas pessoas jurídicas de direito público chegou a um novo ápice.

Contudo, essa nova realidade foi contrastada com a percepção pública de que o Estado aufere recursos finitos. Os agentes econômicos, por sua vez, reclamavam uma maior participação na cadeia produtiva de bens e serviços, ao mesmo tempo em que tomavam o Estado como um ente inapto a dar conta de conduzir a sociedade ao desenvolvimento econômico – tanto no que toca à prestação de serviços públicos, quando à sua universalização e a implementação de uma efetiva igualdade material entre os administrados pelo Estado.

Surgiram, assim, movimentos no sentido de desonerar o Estado da responsabilidade de intervir diretamente no cenário de produção econômica. A intervenção passaria a ser realizada indiretamente. Dentre as formas de implementação dessa medida, foi criada nos Estados Unidos, e posteriormente na Europa e no Brasil, a figura das agências reguladoras, entidades dotadas de poderes públicos para executar o poder estatal visando a concretização do interesse público, sem o aporte de investimentos diretos pelo Estado na economia e no mercado. Essas

entidades impulsionaram uma modificação na leitura da forma como as funções do Estado devem ser ocupadas, em vista da consolidada teoria da tripartição de poderes.

Além disso, para o efetivo exercício dessa nova realidade regulatória que transformava – e transforma – concepções tradicionais do direito administrativo, tais agências foram municiadas de diversos instrumentos, como um chamado poder normativo, que lhe confere a capacidade de produzir fontes do Direito, atribuindo, em maior ou menor escala, direitos e obrigações aos particulares.

Assim, o objetivo do presente trabalho é a realização de um estudo sobre as agências reguladoras, notadamente na experiência brasileira. Essa jornada exploratória será realizada mediante a implementação, sobretudo, de revisão bibliográfica, no intuito de se conhecer o histórico e particularidades gerais das agências, bem como sua relação com a teoria da separação de poderes e a análise da constitucionalidade – e dos limites – do exercício de seu poder normativo, na condição de instrumento fundamental à regulação de setores econômicos.

2 HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS E CONCEITOS IMPORTANTES

No contexto da redemocratização brasileira, havia uma discussão mundial quanto à participação estatal no setor econômico. Até então, vigia no Brasil uma intervenção direta do Estado na economia. A intervenção direta, caracterizada sobretudo pela exploração de atividades econômicas no intuito de prestar serviços públicos, passou a ser duramente criticada na medida em que a ineficiência do aparato estatal para levar a prosperidade econômica era publicamente anunciada. Contudo, a ruptura brusca de sistemas dificilmente se executa, até pelo aspecto ideológico ainda muito enraizado no contexto da sociedade na qual as mudanças se operam².

O Brasil, então, passou a estudar modelos de intervenção no domínio econômico que tivessem por objetivo a satisfação de todos os atores envolvidos. O

² BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 60, p. 59-82, 2006. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQzNA%2C%2C>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

mercado demandava estabilidade jurídica para realizar o aporte de investimentos, o Estado se via refém de uma falência institucional na prestação de serviços públicos e a sociedade reclamava a implementação de mais direitos e garantias fundamentais e sociais afetos à sua subsistência e evolução. Emergia então no contexto brasileiro a figura das agências reguladoras, instituições vistas como fundamentais ao processo de *despolitização* do ambiente econômico, capazes de definir regras que dessem segurança jurídica aos investidores que aportassem recursos em terras nacionais³. A atividade regulatória, assim, poderia ser compreendida como “a resposta jurídica estatal às atividades relegadas à iniciativa privada, cuja relevância e impacto na coletividade é considerável”⁴.

Um marco de relevância para citar a inserção dessa experiência regulatória no Brasil foi com o plano diretor de reforma do aparelho do Estado, em meados dos anos 90, que visava a transformação do aparato estatal e a privatização de atividades econômicas nas quais o Estado intervia diretamente. Ali, se consignou a criação de “agências autônomas” como entes responsáveis pela regulação de mercados. Tal regulação seria realizada no intuito de controlar monopólios – sobretudo para proteção dos interesses dos cidadãos dependentes dos serviços e bens providos através de mercados onde a lógica pode conduzir a uma inflação nos valores praticados –, estimular a concorrência em mercados já abertos ou sobre os quais se buscasse a abertura e promover uma regulação social apta a manter a busca pela universalização de serviços, sem prescindir da proteção ambiental⁵.

Tais agências se revelaram instituições pelas quais o governo, paulatinamente, implementou um afastamento da condição de fornecedor direto de vários serviços públicos, para se inserir na condição de regulador e garantidor deles.

³ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 60, p. 59-82, 2006. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQzNA%2C%2C>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁴ MIAN, Ingrid Garbuio. O modelo regulatório das agências e suas promessas: um estudo a partir das resoluções da ANATEL. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, p. 593-636, 2015. P. 601. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/96067/pdf_im>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 125-162, abr. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47359>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

Diante das dificuldades vislumbradas pelos modelos ideológicos liberais e sociais, em extremos opostos, de atender os interesses sociais, surgiu uma parcial desoneração do Estado no que toca à intervenção direta na economia, assumindo, entretanto, um papel de garantidor dos serviços públicos essenciais⁶.

A experiência regulatória brasileira encontrou inspiração, sobretudo, no modelo estadunidense de regulação de mercados, muito embora em condições diametralmente opostas de consolidação. Nos Estados Unidos, a criação de agências reguladoras se deu em um contexto de controle governamental em uma sociedade onde reinavam os postulados da propriedade privada e da autonomia da vontade, sem interferências do governo. Já no Brasil, a regulação não surge como um imperativo de controle do Estado sobre a economia, mas como uma forma de estimular o ambiente econômico⁷ e com o objetivo de promover os interesses sociais, sem prescindir da própria intervenção econômica. Isso porque, mesmo que se enxergasse a necessidade de desenvolvimento do mercado, a compreensão dominante pairava sobre o fato de que os atores econômicos ainda careciam de uma tutela estatal efetiva, sob pena de apenas buscarem seus próprios interesses⁸.

Nesse contexto surgem as agências regulatórias no ambiente brasileiro, na condição de autarquias em regime especial. Se o Estado antes era tido como ineficiente e lento na prestação de serviços públicos e seus mecanismos tradicionais de regulação haviam fracassado, a reforma do aparato estatal se tornou medida inevitável. Instâncias meramente políticas na construção de uma realidade regulatória não estavam mais em voga, mas sim a criação de instituições dotadas de liberdade e conhecimento técnicos suficientes à promoção do desenvolvimento

⁶ OLIVEIRA, Paulo Augusto. O Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise e o Direito Administrativo da Regulação. **Revista de Direito Administrativo**, v. 3, p. 163-183, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/104322/107769>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 60, p. 59-82, 2006. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQzNA%2C%2C>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁸ MIAN, Ingrid Garbuio. O modelo regulatório das agências e suas promessas: um estudo a partir das resoluções da ANATEL. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, p. 593-636, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/96067/pdf_im>. Acesso em: 29 abr. 2019.

nacional⁹. Assim, “as agências reguladoras, com seu dinamismo, independência e especialização técnica, são um instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com o subsistema econômico”¹⁰.

Contudo, ainda haviam desafios para implementação efetiva desse modelo regulatório. Sobretudo, dificuldades para se atribuir a este modelo as condições necessárias a uma experiência bem sucedida. Afinal, a conciliação dos ideais da intervenção estatal, mesmo que indireta, com o princípio da livre concorrência, como forma de promover a prestação de serviços públicos de qualidade e a preços módicos, não era uma tarefa simples. Para isso, a concessão de independência aos modelos de agências reguladoras, munidas de instrumentos aptos a interferir positivamente no cenário econômico, se revelou necessária. Tais instrumentos compreenderiam: (i) uma visão pública de legitimidade político-administrativa ao ente regulador; (ii) a concessão de autonomia na fixação de tarifas; (iii) a estabilidade dos dirigentes da agência e; (iv) a realização de atividades de forma descentralizada aos centros convencionais de poder da administração pública¹¹.

Cabe destacar uma distinção terminológica relevante, para um adequado desenvolvimento do presente estudo, que é a distinção do adjetivo de “autonomia” dado às agências, entre agências reguladoras e agências executivas. As primeiras se constituem na criação de instituições que manifestam o poder estatal com o intuito de regular determinado setor da vida social, munidas de independência (técnica, decisória, orçamentária, financeira, administrativa e gerencial), sem uma relação de servidão hierárquica de qualquer natureza com o Poder Executivo – a ponto de, de suas decisões, sequer caber recurso hierárquico próprio ou impróprio – e cuja criação nasce especificamente da lei em sentido estrito.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 148, p. 1-20, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

¹⁰ ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 202-224, 1 fev. 2019. P. 204. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/151502/151079>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

¹¹ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/457>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

Diversamente, a caracterização de uma “agência executiva” decorre de ser esta uma qualificação atribuída pelo próprio chefe do Poder Executivo – aplicável, inclusive, às agências reguladoras –, mediante decreto, no intuito de atribuir maior independência administrativa a um órgão da administração direta ou ente da administração indireta, para um mais efetivo desempenho prático do papel institucional a cargo da dita “agência executiva”. Se trata, ao fim e ao cabo, de uma qualificação que elimina parcialmente entraves burocráticos da rotina administrativa do órgão ou ente assim qualificado¹².

Assim, as agências reguladoras se constituem em uma forma de descentralização da atividade administrativa do Estado, ensejando desafios para uma exata compreensão de sua colocação no centro das teorias convencionais de estruturação do poder estatal, sobretudo a concepção clássica da tripartição dos poderes. Alexandre Santos de Aragão chama atenção para o fato de que as agências possuem “uma combinação das funções de legislador, promotor e juiz. Iniciam processos, de ofício ou quando provocadas, julgando-os segundo as normas por elas próprias estabelecidas”¹³. Essa multiplicidade de funções exercidas, que leva as agências a assumir papéis naturalmente atribuídos a outros personagens do cenário constitucional, assegura a tais entidades públicas uma colocação distante do aparato administrativo convencional¹⁴.

A relevância da atividade regulatória se provou tamanha, no intuito de proporcionar uma regulação técnica e eficaz nos contextos de mercado, que para alguns sequer é vista mais como uma atividade de governo, ou uma política pública constante de alguma pauta. Há quem sustente que a regulação tenha se tornado em

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Agências Executivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 105-122, abr. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46657>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 148, p. 1-20, 2000. P. 280. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Agências Executivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 105-122, abr. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46657>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

uma política de Estado¹⁵ – o que poderia encontrar amparo, inclusive, no fato de que a própria Constituição traz previsões acerca da regulação, por exemplo, no que toca à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Importante mencionar que, no Brasil, as atividades regulatórias são repartidas entre as diferentes unidades da federação, de acordo com as competências dos respectivos entes. Há, assim, agências federais, como também há estaduais. As federais, seguindo o modelo de outros países, adotam um critério de especialização quanto ao nicho de mercado a ser regulado, enquanto no âmbito estadual muitos têm adotado uma única agência para regular mercados com particularidades totalmente distintas¹⁶ – modelo esse, em uma primeira análise, aparentemente equivocado, mas cujas digressões não serão aprofundadas para não se afastar do objeto do presente trabalho.

De toda sorte, o contexto de inserção das agências reguladoras implica uma necessária releitura do princípio da separação das funções estatais, sobretudo em uma sociedade plural onde se multiplicam as demandas públicas e cuja compatibilidade com a lógica da economia se torna fundamental¹⁷. Assim, necessário avançar na compreensão contextual das agências frente à divisão das funções estatais.

3 SEPARAÇÃO DE PODERES E O EXERCÍCIO POLICÊNTRICO DO PODER

Compreendida a função regulatória das agências, identificar a natureza de sua função, dentro das funções exercidas pelo Estado, passa a ser um objetivo lógico para a ciência do direito, muito embora o seu alcance seja de imensa

¹⁵ GRACINDO, Gabriel Rosa. As agências reguladoras brasileiras e seus problemas jurídicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 225-245, 1 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/150020/151080>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

¹⁶ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/457>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 60, p. 59-82, 2006. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQzNA%2C%2C>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

dificuldade. Muito dessa dificuldade reside no fato de que a concepção clássica de que o Estado exerce três funções, distintas entre si, doravante denominadas de poderes: executiva ou administrativa, legislativa e judiciária. Ocorre que uma leitura moderna do princípio da separação de poderes se dá mediante a percepção de que o poder estatal é uno, manifestando-se em diferentes funções, que podem variar de acordo com a própria realidade do direito positivo de uma dada sociedade e o seu respectivo momento histórico¹⁸.

Nesse cenário, é plenamente plausível a criação de instituições dotadas de poder estatal à margem das instituições e órgãos tipicamente concebidos como exercentes de referido poder. As agências reguladoras, assim, não se revelariam expressões típicas da teoria clássica, mas se constituem e devem ser compreendidas à luz da realidade brasileira atual, tanto no que toca ao direito positivo em vigor, quanto, mais ainda, na expressão de uma sociedade plural que carece de efetivo desenvolvimento – quadro esse no qual as agências reguladoras cumprem um mister institucional relevantíssimo. A visão a ser adotada, no caso, não é a de hierarquia típica no âmbito da administração pública, mas a de um exercício finalístico do controle social, que não expressa, por natureza, uma tarefa *política*, embora munida de poder¹⁹.

A criação de tais entes reguladores, assim, é absolutamente consentânea com a teoria da separação de poderes. O que se revela imperativo é que tais instituições não sejam criadas à margem do Estado de Direito – ou, melhor dizendo, o Estado Democrático de Direito –, de forma que seus poderes jamais poderão ser encarados de forma absoluta. Afinal, a restrição aos direitos e garantias fundamentais deve ser uma exceção, não uma regra, sobretudo quando o que se propõe é a criação de um ente que manifeste o poder do Estado²⁰. Nessa linha, a instituição clara de

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, p. 1-20, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47568/44782>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 148, p. 1-20, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

²⁰ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/457>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

prioridades e objetivos para o exercício de uma atividade, acima de tudo, técnica, é essencial, como forma de se limitar discricionariedades em uma zona de poder cuja legitimação não é para o exercício de políticas públicas²¹.

A criação das agências jamais poderia ser tida como ofensiva à separação de poderes, mas uma expressão genuína sua, na medida em que, ao tratar de temas que são menos políticos do que técnicos, cuidando da regulação de questões sociais e econômicas relevantes, diminui o efetivo poder regulatório que, a princípio, se concentrava na administração pública central, bem como toda a atividade normativa relacionada aos aspectos regulatórios. Nesse sentido, ainda cabe destacar a morosidade do Legislativo na criação de normas, se somente a seu cargo fosse colocada a carga normativa do âmbito regulatório do país. A relevância das agências é evidente, e sua criação, por evidente, manifesta um genuíno fracionamento do poder estatal, no intuito de evitar abusos e promover a segurança jurídica de áreas econômicas estratégicas. A constitucionalidade implícita da natureza de sua existência e atuação é medida inevitável²².

Nessa linha, o chamado *controle policêntrico* predito pelo magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ganha contornos ainda mais relevantes, de forma que as agências reguladoras poderiam ser mencionadas como uma expressão dessa forma de controle²³. Para o autor, surgem na contemporaneidade novas expressões do poder estatal, com objetivo próprio de mitigar as instâncias tradicionais de poder para permitir uma melhor satisfação dos interesses públicos – tarefa que demanda uma qualificação mais substantiva do exercício do poder estatal e das próprias fontes de direito que regulam os bens da vida, âmbito esse de atuação no qual as agências se destacam.

²¹ OLIVEIRA, Paulo Augusto. O Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise e o Direito Administrativo da Regulação. **Revista de Direito Administrativo**, v. 3, p. 163-183, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/104322/107769>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 148, p. 1-20, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 47-80, set. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8609/7347>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

Assim, as agências se materializam como uma criação, primeiro do administrador, e posteriormente do legislador – seguindo as normas próprias atinentes ao processo legislativo –, que objetiva privilegiar o conhecimento técnico ao interesse político, trazendo essa primazia para o próprio desenho institucional do Estado, no propósito absoluto de atender às expectativas sociais e constitucionais relacionadas aos direitos outorgados pela Carta Magna, mediante a implementação de medidas que tragam eficiência, economia e satisfação públicas. Porém, a tecnicidade da atuação não prescinde, inteiramente, de algum componente político em seu processo de execução – o que é revelado pela própria forma como o poder foi outorgado às agências no momento de sua instituição, mediante as escolhas políticas dos criadores das agências²⁴.

Veja-se que não é possível afastar completamente o setor regulatório da vida política. Nessa linha, há, inclusive, uma dificuldade prática no sentido de se separar o campo de atuação da política pública do campo de atuação da regulação do mercado. O saneamento desse campo de incertezas é realizado, sobretudo, pelas próprias balizas previstas nas leis de regência das agências. É preciso dizer: o administrador público, chefe do Poder Executivo, continua sendo o responsável pelas políticas públicas. Mas, nos temas setoriais, as agências, em outra clara expressão de reafirmação à repartição das funções estatais, visando uma eficiência na atuação administrativa, funcionam como verdadeiros órgãos de consulta do administrador²⁵.

A imposição de canais institucionais entre as agências e outros órgãos é uma medida de fundamental relevância para se nortear uma atuação conjunta entre governo e agências, entre o órgão político e o órgão técnico. Afinal, se as agências não se submeterem a mecanismos de controle pelos outros poderes – como, de fato, se submetem, ao estarem sujeitas à revisão de seus atos na esfera judicial, bem como pela possibilidade de que decretos legislativos sejam aprovados pelo Congresso

²⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** (Salvador), v. 16, p. 1-25, 2009. Disponível em: <<http://fliphtml5.com/fdns/qeah/basic>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** (Salvador), v. 16, p. 1-25, 2009. Disponível em: <<http://fliphtml5.com/fdns/qeah/basic>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

Nacional, visando sustar atos das agências que exorbitem do poder regulamentar, e, ainda, pelo fato de que costumam ter imposições no sentido de apresentar relatórios de trabalho ao Congresso –, aí sim haveria uma inconstitucionalidade no quadro institucional²⁶.

Há, contudo, ponderações a serem realizadas, no sentido de que, nem sempre, a atividade regulatória é exercida com autonomia que deveria. As agências, no geral, são vinculadas, embora não hierarquicamente, a ministérios do Poder Executivo. Nesse sentido, há quem sustente que “o poder de coerção do Ministro-supervisor sobre o corpo diretivo das Agências, por exemplo, é elevado, como vem sendo relatado ao longo do tempo”²⁷.

Nessa mesma linha, Gustavo Binembojm chama atenção para uma queda de braço pública traçada pelo então presidente Lula e os dirigentes da ANATEL e da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. O ex presidente, recém empossado, em um período de expressão de sua legitimidade democrática, se queixava do aumento público de tarifas de energia e de serviços de telecomunicações, sem que pudesse participar dessas deliberações. O peso político dessas decisões regulatórias, no fim das contas, era suportado por ele. Mas a pressão pública exercida sobre dirigentes que deveriam exercer seus mandatos no intuito de proporcionar o melhor ambiente de crescimento para o país, não necessariamente, fosse também a melhor forma de gestão para o caso²⁸. O próprio autor, contudo, ressalta que, numa situação dessa natureza, difícil é lidar com fatos, quando o que se tem, na verdade, são apenas versões. E não se pode negar que o uso da legitimidade popular de um governante também se constitua em mecanismo de controle efetivo sobre as decisões das agências.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 60, p. 59-82, 2006. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQzNA%2C%2C>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

²⁷ GRACINDO, Gabriel Rosa. As agências reguladoras brasileiras e seus problemas jurídicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 225-245, 1 fev. 2019. P. 241. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/150020/151080>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 60, p. 59-82, 2006. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQzNA%2C%2C>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

Em última instância, a despeito de alguns percalços de difícil gestão institucional, as agências reguladoras são entidades que expressam genuinamente o princípio da separação de poderes, na medida em que instituídas e atuantes, em rigor, dentro de limites e competências institucionais suficientemente delineados. Isso, contudo, não as torna imunes a algumas outras controvérsias jurídicas, como a natureza e os efetivos limites do poder normativo que é a elas atribuído. Um poder, a princípio, próprio de instâncias políticas, e não meramente técnicas. Assim, compreender as dimensões desse poder se faz fundamental para uma ideal compreensão da atividade regulatória, sobretudo dada a relevância de tal poder normativo para uma regulação efetiva.

4 PODER NORMATIVO: CONSTITUCIONALIDADE E LIMITES

No prosseguir do trabalho, interessante analisar a lição de Alexandre Foch Arigony:

Notadamente em relação a assuntos técnicos e específicos, com uma infinidade de variáveis, falta ao legislador a expertise necessária para legislar. No campo da regulação, o mundo de hoje demanda especialização e agilidade na edição dos atos normativos: as questões técnicas devem ser de responsabilidade de entidades administrativas próprias, com agentes públicos qualificados na matéria e procedimentos para edição de atos normativos ágeis.²⁹

É com a introdução desse conceito que, reforçado o ideal de amoldagem das agências reguladoras à teoria da separação de poderes, se introduz o debate sobre o poder normativo de tais autarquias especiais. Na medida em que “as agências reguladoras constituem, cada vez mais, um importante mecanismo de diálogo entre o Direito, que não pode abrir mão de seu caráter normativo, e a economia, que não cessa de aumentar a capacidade de impor a sua própria lógica”³⁰, há uma fundamentação lógica que sustenta a ampliação do espaço de poder das agências,

²⁹ ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 202-224, 1 fev. 2019. P. 209. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/151502/151079>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Agências Executivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 105-122, abr. 2002. ISSN 2238-5177. P. 117. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46657>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

incluindo a capacidade de produzir comandos de observância obrigatória pelos agentes regulados.

O poder normativo – ou regulamentar, para alguns – das agências reguladoras é um assunto um tanto espinhoso para a doutrina, muito pela dificuldade de leitura de conceitos antigos que já não mais se coadunam com a realidade plural e multifacetária de um Estado tão dedicado a prestações positivas. A compreensão moderna do princípio da legalidade integra esse quadro de conceitos que demandam uma nova leitura³¹, em um contexto de reconhecimento do fato de que o império da lei pretendido pelo liberalismo do século XVIII nunca foi plenamente aplicado, demandando uma constante evolução do Direito e dos institutos que o integram³².

O princípio da legalidade é, inicialmente, concebido sob duas óticas: a legalidade em sentido amplo, segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, e a legalidade em sentido estrito, segundo a qual a administração pública apenas atua mediante previsão legislativa específica³³. Nessa linha, há casos em que o ordenamento jurídico preverá uma reserva de lei, no sentido de que somente a lei, em sentido estrito, poderá criar direitos ou impor obrigações, como ocorre com a instituição de tributos e a tipificação de crimes, e há casos em que o ordenamento preverá uma reserva de norma. Norma é um gênero mais amplo da atividade legislativa do Estado, compreendendo também os regulamentos emitidos pela administração, que são elaborados para permitir uma real execução das leis e a satisfação dos propósitos socialmente esperados, que pelas próprias leis foram criados. Aqui, cabe destacar, tais regulamentos não podem contrariar a lei em sentido estrito, pois esta deve ser o

³¹ DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. **Revista Acadêmica**, v. 89, p. 144-167, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/229465/24527>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, p. 1-20, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47568/44782>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

³³ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 3557, jul./set. 2019. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4222896/mod_resource/content/1/moreira%2C%20egon%20bockmann%3B%20caggiano%2C%20heloisa%20conrado%20-%20o%20poder%20normativo%20das%20ag%C3%A2ncias%20....pdf>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

seu próprio fundamento de validade³⁴, posição já assentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal³⁵.

É importante ressaltar desde logo que o exercício de poder regulamentar não é atribuição exclusiva da administração central do Estado. Se é possível a descentralização de atividades com vistas a permitir um exercício mais técnico da função pública, igualmente também será possível a descentralização da atividade normativa, com a finalidade de se alcançar o próprio resultado pretendido com a descentralização³⁶.

Com efeito, talvez o ponto de maior controvérsia resida na possibilidade (ou impossibilidade) de se considerar se o poder normativo à administração conferido inclui a capacidade de inovação jurídica ou não. Para Arnoldo Wald, por exemplo, a criação de penalidades no âmbito das atividades reguladas pareceria ser uma atividade sujeita à reserva de lei³⁷, sendo acompanhado por abalizada doutrina tradicional, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, que defendem uma primazia do poder político do Legislativo no processo de criação normativa³⁸.

Em sentido diverso, Alexandre Santos de Aragão defende que, uma vez outorgadas às agências sua capacidade normativa, com a delimitação de princípios gerais de atuação, a atuação complementar a estes princípios evidenciaria uma força

³⁴ DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. **Revista Acadêmica**, v. 89, p. 144-167, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/229465/24527>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

³⁵ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 60, p. 59-82, 2006. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQzNA%2C%2C>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 148, p. 1-20, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

³⁷ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/457>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

³⁸ ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 202-224, 1 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/151502/151079>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

normativa primária, no sentido de se criar direitos e obrigações que antes não estavam expressamente na lei formal. Ou seja: desde que a Constituição e a própria lei em sentido estrito não sejam contrariadas, o poder normativo das agências seria de fundamental importância para o setor regulado, em vista da tecnicidade na atuação destes entes e das demandas de uma complexa realidade social como é a atual. Se assim não fosse, a atividade regulatória não seria munida de mecanismos suficientes à sua execução³⁹. Esta posição parece ser a mais acertada.

A delegação de poderes normativos às agências jamais foi refutada pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que não há um modelo único de Estado, mas apenas escolhas políticas para se arranjar o exercício prático do poder. A isso, as tão já citadas complexidades sociais impuseram um parcial descrédito da lei e da própria atividade administrativa, que passam a demandar uma maior legitimidade pública. Essas seriam as causas:

A primeira, de ordem fática, consiste na proliferação ou inflação legislativa. O excesso de leis banalizou a lei, esvaziando-se o sentimento de respeito que se lhe nutriu durante o período iluminista. Esse fato acarreta na impossibilidade de conhecimento pleno da legislação. A segunda razão que contribuiu para a perda de importância da lei foi a constatação histórica de que esta pode, além de veicular injustiças, ser o próprio fundamento da barbárie. Com efeito, constata-se que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade. Em terceiro lugar, a lei deixou de ser a principal forma de manifestação da vontade geral. As constituições ao redor do mundo ganham destaque como norma jurídica superior. A lei perde o seu protagonismo. A Constituição tem superioridade formal e axiológica. Além disso, a Constituição funciona, por vezes, como critério imediato da tomada de decisões administrativas. Uma quarta razão é a criação de atos normativos infraconstitucionais capazes de servirem de fundamento à atuação administrativa. Há novas esferas de normatização dotadas de maior celeridade. Esse fator é fundamental no âmbito da atuação regulatória do Estado. Por fim, a quinta razão é o controle, por parte do Poder Executivo, do processo legislativo, através de reservas de iniciativa legislativa de matérias relevantes, possibilidade de trancamento de pauta do Poder Legislativo e pela formação de

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 148, p. 1-20, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar projetos de interesse do governo.⁴⁰

Assim, evidencia-se a legitimação do processo de produção normativa através das agências reguladoras. Um fenômeno administrativo, decorrente de mandamento legal⁴¹, apto a suprir a ingenuidade da crença de que o exercício de atividade normativa deve caber somente a um Poder Legislativo moroso, cuja atuação por vezes não se revela capaz de “proteger os direitos dos indivíduos e da sociedade”, algo alcançável mediante uma regulação bem implementada⁴².

A isso, soma-se a crescente compreensão do “princípio da juridicidade”, segundo o qual a administração pública não se vincula exclusivamente à lei em sentido estrito, mas a todo o ordenamento jurídico. Há um aumento das fontes do direito administrativo. Legalidade e juridicidade, em verdade, são conceitos complementares, de forma que um não deva negar a existência ou a vigência do outro. Contudo, a percepção de juridicidade na atuação administrativa certamente se revela legitimadora do exercício da atividade normativa das agências reguladoras, sobretudo quando as próprias leis que as instituem contém previsões de delegação legislativa, observadas balizas na própria lei instituídas, às quais a doutrina tem chamado de *standards*.⁴³

Esses *standards*, compreendidos como os princípios de baliza da atuação normativa das agências reguladoras, são estabelecidos pelas próprias leis de instituição das agências, que concedem aos entes reguladores, de forma ampla e abstrata, o poder de produção normativa do direito. Aqui, a doutrina também tem conveniado chamar tais parâmetros da atuação normativa de “princípios

⁴⁰ ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 202-224, 1 fev. 2019. P. 208-209. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/151502/151079>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁴¹ MIAN, Ingrid Garbuio. O modelo regulatório das agências e suas promessas: um estudo a partir das resoluções da ANATEL. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, p. 593-636, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/96067/pdf_im>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, p. 1-20, 2001. P. 118. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47568/44782>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁴³ DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. **Revista Acadêmica**, v. 89, p. 144-167, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/229465/24527>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

inteligíveis”. Nessa linha, afirma-se que “basta que a lei contenha uma habilitação com parâmetros para que determinada autoridade administrativa exerça o poder normativo”⁴⁴, sobretudo tendo em vista a impossibilidade de a lei prever absolutamente todas as hipóteses a serem disciplinadas.

Esse modelo de escolha permite uma maior discricionariedade administrativa no exercício da função regulatória, discricionariedade essa que permite uma regulação mais ágil e flexível, conforme usualmente o mercado e a sociedade tecnológica atual demandam. Isso não implica dizer, contudo, que as agências possam se constituir em instâncias de regulação política. Ao fim, sua atividade continua sendo técnica, e não lhes cabe o domínio de definição das políticas públicas a serem executadas. Desde que respeitadas as reservas absolutas de lei estabelecidas na Constituição, conjuntamente com os próprios limites normativos impostos pelas leis criadoras dos entes reguladores – bem como outras leis – e respeitado o processo de criação de tais fontes normativas, o exercício de referido poder é constitucional e fundamental para auxiliar no desenvolvimento almejado⁴⁵.

A releitura do princípio da legalidade, assim, permite compreender a dinâmica da ação estatal na era moderna, atenta a uma realidade muito mais complexa. Isso se torna fundamental na medida em que a eficiência é um princípio constitucional. Se o poder normativo não pudesse ser exercido com uma margem ampla de atuação, a finalidade regulatória jamais seria alcançada com eficiência, o que inclui a possibilidade de inovação no mundo jurídico por parte dos entes autárquicos ora mencionados⁴⁶.

⁴⁴ ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 202-224, 1 fev. 2019. P. 210. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/151502/151079>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁴⁵ ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 202-224, 1 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/151502/151079>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁴⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 3557, jul./set. 2019. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4222896/mod_resource/content/1/moreira%20egon%20bockmann%3B%20caggiano%20heloisa%20conrado%20-%20o%20poder%20normativo%20das%20ag%C3%A2ncias%20....pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

Por essas razões, Egon Bockmann Moreira e Heloisa Conrado Caggiano⁴⁷ sustentam que tenha havido uma mutação constitucional da leitura do princípio da legalidade. Sendo a mutação constitucional uma redefinição interpretativa de determinada norma, operada através da compreensão social, da formação jurisprudencial ou da alteração do próprio ordenamento jurídico, que entende superada determinada interpretação, soa extremamente plausível tal assertiva.

Afinal, supera-se o dogma historicamente criado de que somente a lei poderia impor comportamentos, de maneira geral e abstrata, mediante um ato de soberania estatal, para atingir determinada finalidade pública. Sendo essa interpretação constitucionalmente sistêmica, conforme já exposto a partir da análise da legalidade e da separação de poderes, e atenta às obrigações de um Estado plural que busca o desenvolvimento, o reconhecimento do poder normativo é imperativo, resguardados os limites já expostos.

A finalidade última deve ser a concretização dos valores de justiça e equidade que são esperados em um Estado Democrático de Direito, e não a busca por discussões no sentido de se deslegitimar o exercício de parcela do poder estatal por um órgão⁴⁸. Não se pretende com isso relativizar toda e qualquer discussão a respeito do poder em si, mas apenas se expor que, uma vez que o sistema como um todo seja respeitado e permaneça funcional – com instituições saudáveis e um ordenamento jurídico implementado, com primazia do sistema constitucional –, o exercício de poderes normativos pelas agências reguladoras se revela fundamental ao Brasil atual, ainda carente de desenvolvimento em vários aspectos.

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 3557, jul./set. 2019. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4222896/mod_resource/content/1/moreira%2C%20egon%20bockmann%3B%20caggiano%2C%20heloisa%20conrado%20-%20o%20poder%20normativo%20das%20ag%C3%A2ncias%20...pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, p. 1-20, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47568/44782>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lidar com mudanças geralmente não é fácil. As mudanças relacionadas à evolução da sociedade, de suas relações sociais e do direito, enquanto fonte de conhecimento responsável pelo cuidado com as normas que regulam tais relações sociais, talvez seja ainda mais difícil.

O direito, notadamente o direito administrativo, demandam uma capacidade de percepção excepcional das necessidades modernas, atento às complexidades particularidades da sociedade em que vige. No Brasil do século XXI, ainda em desenvolvimento, com uma sociedade plural, uma economia em crise e em plena crise de diversas instituições políticas, a concretização de diagnósticos e a implementação de medidas efetivas se torna uma tarefa de árdua execução.

Nessa linha, resta claro que a criação das agências reguladoras teve como escopo a priorização de leituras técnicas quanto a mercados cujas particularidades econômicas demandassem uma maior atenção estatal. Diminui-se, assim, a discricionariedade de uma ampla atuação do poder político central, embora mantida a influência deste sobre as políticas públicas e resguardada uma parcela de discricionariedade, mesmo para o próprio regulador, no sentido de se conferir alguma agilidade para uma atividade de tamanha complexidade.

Esse fracionamento da unidade do poder estatal, no âmbito da regulação, representa o estabelecimento de um exercício policêntrico do poder público, cujo objetivo é a satisfação do interesse público em sua mais genuína definição: não um interesse público exclusivamente do mercado, ou puramente do Estado, em sua concepção mais fazendária, mas sim um interesse público que vise conciliar as pretensões de todos os atores que operam no contexto brasileiro.

Resta clara a superação da concepção tradicional de que as funções do Estado são exercidas de modo estanque por três poderes, cada qual passível de ser colocado em uma caixa específica e nela isolada. O poder é dinâmico, e seu efetivo exercício envolve a possibilidade de ação e reação das instituições diante das muitas realidades distintas. E o fracionamento da parcela de poder atribuída aos atores institucionais, em tese, possibilita o exercício efetivo dos chamados controles

recíprocos, visando a concretização dos interesses públicos do Estado, da sociedade e do mercado, desde que o exercício prático do poder seja realizado dentro dos limites de efetiva legitimidade.

Nesse sentido, a concessão de poder normativo às instâncias reguladoras se revela essencial à sociedade, eis que legitimada na ordem constitucional vigente, consentânea ao interesse público dominante e atenta à revolução da concepção das fontes normativas do direito, especialmente do direito administrativo. Impera, assim, a juridicidade da atuação de um Estado que, pra ser forte, não precisa necessariamente realizar intervenções diretas na economia e nos mercados. O que ele precisa é realizar intervenções eficientes, legítimas e fundamentadas no próprio ordenamento jurídico ao qual se submete. Dessa forma, o exercício da regulação encontra os instrumentos necessários para buscar maximizar o alcance dos melhores resultados pretendidos pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Agências Executivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 105-122, abr. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46657>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 148, p. 1-20, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

_____. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, p. 1-20, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47568/44782>>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 202-224, 1 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/151502/151079>>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 60, p. 59-82, 2006. Disponível em:

<<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQzNA%2C%2C>>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

_____; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a ANATEL na Lei Geral de Telecomunicações. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** (Salvador), v. 16, p. 1-25, 2009. Disponível em: <<http://fliphtml5.com/fdns/qeah/basic>>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. **Revista Acadêmica**, v. 89, p. 144-167, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/229465/24527>>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

GRACINDO, Gabriel Rosa. As agências reguladoras brasileiras e seus problemas jurídicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 6, n. 1, p. 225-245, 1 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/150020/151080>>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

MIAN, Ingrid Garbuio. O modelo regulatório das agências e suas promessas: um estudo a partir das resoluções da ANATEL. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, p. 593-636, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/96067/pdf_im>. Acesso em: 29 abr. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF: mutação constitucional do princípio da legalidade? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 3557, jul./set. 2019. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4222896/mod_resource/content/1/moreira%2C%20egon%20bockmann%3B%20caggiano%2C%20heloisa%20conrado%20-%20o%20poder%20normativo%20das%20ag%3AAncias%20....pdf>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 47-80, set. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8609/7347>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

OLIVEIRA, Paulo Augusto. O Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise e o Direito Administrativo da Regulação. **Revista de Direito Administrativo**, v. 3, p. 163-183, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/104322/107769>>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 125-162, abr. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47359>>. Acesso em: 29 Abr. 2019.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/457>>. Acesso em: 29 Abr. 2019

ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES GERAIS

JUDICIAL ACTIVISM AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: GENERAL CONSIDERATIONS

Ana Carolina Vieira Lima Fernandes¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 concedeu protagonismo ao Poder Judiciário. Além disso, elevou o direito à saúde à categoria de direito fundamental social, de aplicabilidade imediata. Trata-se de um direito fundamental de segunda dimensão, isto é, um direito dos indivíduos a prestações positivas que devem ser realizadas pelo Estado. O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno do ativismo judicial na efetivação do direito fundamental individual à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Ativismo judicial. Separação dos Poderes.

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution gave prominence to the Judiciary. In addition, it elevated the right to health care to the category of fundamental social right, of immediate applicability. It is a fundamental right of the second dimension, that is, the right of individuals to have access to positive benefits that must be carried out by the State. This article aims to analyze the phenomenon of judicial activism in the realization of the fundamental individual right to health care.

Keywords: Right to health. Judicial activism. Separation of Powers.

¹ Advogada. Graduada pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Aluna de pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Público: Novas Tendências. E-mail: limacaroli@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno do ativismo judicial na efetivação do direito fundamental individual à saúde quando não observado o processo de elaboração das políticas públicas de saúde e das ações governamentais, conforme delinea a Constituição Federal de 1988. Aos entes da federação cabe o planejamento e a execução de suas ações políticas. Seguindo as diretrizes da Constituição Federal de 1988 os entes da federação dispõem do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, e da Lei Orçamentária Anual, que são mecanismos de elaboração e execução, de competência Poder Executivo e que possuem a finalidade de estabelecer as despesas e as receitas que serão realizadas no ano seguinte à sua elaboração. No entanto, na contramão da previsão orçamentária, verifica-se um aumento massivo no número de decisões judiciais em demandas individuais, que determinam ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos e de tratamentos terapêuticos, mesmo quando não previstos pelo sistema de saúde. A consequência desse ativismo é a saída de recursos financeiros não previstos na Lei Orçamentária Anual para ações governamentais de políticas públicas, provocando o desequilíbrio das contas públicas e comprometendo o investimento da Administração, inclusive na própria área da saúde. De outra sorte, o ativismo judicial, quando usado de forma desmedida, fere frontalmente a separação dos poderes, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

2 O DIREITO À SAÚDE

A saúde, segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS², é compreendida como a completa condição de bem-estar físico, social e mental. Não se trata apenas da ausência de doenças. A saúde passa por padrões comportamentais, sociais, econômicos, ambientais, genéticos e até tecnológicos, com vistas a atingir um dos direitos fundamentais do ser humano, sem distinções entre os indivíduos.

² <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>

Amartya Sen, prêmio Nobel de Economia ³, entende que a saúde está entre as mais importantes condições da vida humana, de modo que a saúde é inerente à noção de justiça, configurando instrumento essencial para que todos possam desenvolver suas potencialidades. Nesse sentido, Amartya diz que o direito à saúde condiciona e é condicionado por outros direitos.

Ainda segundo Amartya Sen ⁴ “O fato de que a saúde é central em nosso bem-estar precisa ser enfatizado, bem como o reconhecimento igualmente básico de que as liberdades e possibilidades que somos capazes de exercer dependem de nossas realizações da saúde. O fato é que não somos capazes de fazer muita coisa se estamos incapacitados ou somos incessantemente atormentados pela doença, e podemos fazer de fato muito pouco se não estamos vivos”.

A Saúde é um direito fundamental social individual, previsto na Constituição Federal de 1988, no rol dos Direitos sociais, art. 6º, bem como nos artigos 196 a 200. Além disso, a saúde está disciplinada em leis especiais, dentre elas, a lei 8.080/90, denominada de Lei Orgânica da Saúde.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição ⁵.

O Direito à saúde deve ser entendido de forma ampla. Segundo Gilmar Ferreira Mendes ⁶, depreende-se da redação do art. 196 da Constituição Federal de 1988 que se trata de um direito tanto individual quanto coletivo.

O mesmo artigo deixa claro que a atividade prestacional do Estado é um dever fundamental de prestação da saúde, que deve alcançar a prevenção, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Nesse sentido ⁷:

³ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução: Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 76.

⁴ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado, p.85

⁵ <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_6_.asp>

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014

⁷ <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_196_.asp>

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Conforme explicita Fernando Borges Mânica ⁸, a disciplina da matéria na Constituição e na legislação infraconstitucional torna o direito à saúde tanto um direito fundamental originário quanto um direito fundamental derivado.

Conforme explica o autor “direito fundamental originário é aquele previsto na Constituição e que está apto a produzir efeito independente de lei. Já os direitos fundamentais derivados são aqueles que dependem de disciplina legislativa regulamentadora para o seu exercício”.

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes entende que, “dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição”.

Assim, o legislador constituinte atribuiu à saúde a qualidade de um direito essencial e sua garantia como prestações de relevância pública.

Visto que a saúde é um direito social com alta densidade normativa capaz de produzir efeitos imediatos, independente de lei, é imperativo analisar a aplicabilidade do direito à saúde fazendo a ponderação com os demais princípios envolvidos na aplicação desse direito fundamental social. Isto é, a análise do caso concreto é vital para a aplicação do direito de forma mais justa.

Depreende-se desta análise que há a legitimidade de atuação do Poder Judiciário nas hipóteses de omissão da Administração Pública ao mandamento constitucional de prestação da saúde ⁹.

⁸ MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. Revista Brasileira de Direito da Saúde. v. 1. (jul./dez. 2011). Brasília: CMB, 2012, p. 21-34. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.276 e segs.

⁹ AgR-RE 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, Dj de 12-9-2000.

Cabe esclarecer que a Carta Magna de 1988, em seu art. 195¹⁰, determinou que, para a prestação efetiva do direito à saúde, ela, assim como a previdência e a assistência social, deverá ser custeada pela seguridade social.

A seguridade social pode ser entendida como conjunto de políticas econômicas e sociais realizadas pelos Poderes Públicos em conjunto com a sociedade com o objetivo de amparar e assistir o cidadão. A atuação conjunta dos poderes públicos, em conjunto com a sociedade, dar-se-á mediante recursos consignados nos orçamentos dos entes federativos, e por recursos provenientes de contribuições sociais.

Ainda na Constituição Federal de 1988, o art. 198 demonstra a estrutura sobre a qual será construída a prestação dos serviços públicos de saúde. As ações e serviços públicos formam uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem o Sistema Único de Saúde- SUS, e seguem as diretrizes da descentralização, da integralidade, da participação da comunidade e da complementariedade da prestação privada.

Criou-se diante do art. 198, o Sistema único de Saúde -SUS, custeado nos termos do art. 195 da Constituição. A competência para cuidar da saúde é comum dos entes da federação, União, estados e municípios, e cada um deles deve assegurar aplicação mínima orçamentária para viabilizar a prestação da saúde.

2.1 Orçamento da saúde: breve explicação

Conforme visto anteriormente, o art. 196 da Constituição Federal dispõe que o direito à saúde será garantido por meio de políticas públicas sociais e econômicas.

Cumprido esclarecer que, para que haja a apropriação de recursos e a distribuição de riquezas, é imperativo ao Estado elaborar um planejamento de suas ações. Nesses termos, Claudiano Albuquerque¹¹ explica que o planejamento “é o conjunto de ações desenvolvidas, de forma sistemática e continuada, como o

¹⁰ <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_195_.asp>

¹¹ ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 114.

objetivo de selecionar os meios disponíveis mais adequados para a realização de resultados definidos previamente do modo mais eficiente.”

O planejamento é feito através do orçamento. No caso da Administração Pública, elabora-se um orçamento público, que permite ao governo operar despesas e receitas.

Na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte previu como instrumento de planejamento o Plano Plurianual – PPA. Trata-se de um instituto que define objetivos e diretrizes da Administração Pública por um período de quatro anos. No PPA, busca-se a melhor forma de organizar os recursos públicos visando os melhores resultados para país.¹²

Ademais, a Constituição Federal de 1988 também instituiu a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que determina quais os programas presentes no PPA terão prioridade na elaboração e execução do orçamento.

Em complemento aos dois institutos, a CF/1988 instituiu a Lei Orçamentaria Anual, que é o “orçamento que garante o gerenciamento anual das origens e aplicação de recursos, é nele que se decidem os montantes de recursos e como serão aplicados pela Administração”.¹³

No tocante à saúde, conforme artigo supracitado, ela deve ser financiada pela seguridade social. Apresenta-se, dessa forma, o art. 165, §5º da Constituição, o qual dispõe em seu inciso III que:

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.

Pelo parágrafo anterior, pode-se entender que a seguridade social dispõe de orçamento específico, de forma que fica assegurada a aplicação e a execução de recursos nas políticas públicas de saúde.

¹² MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 23.

¹³ ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 129.

Verifica-se pelo exposto que as ações de governo são fruto de um planejamento orçamentário, de competência do Poder Executivo.

Nesse sentido, Fernanda Tercetti explica “Portanto é um ato normativo de cunho político-administrativo desses dois Poderes. Ressalta-se que cada ente federativo deve elaborar os seus instrumentos de planejamento. Sendo assim, a União, os Estados, os Municípios e do Distrito Federal possuem, cada um, as suas Leis Orçamentárias Anuais.”¹⁴

3 O PODER JUDICIÁRIO E A SATISFAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

A prestação estatal da saúde é um assunto atuante na política, espaço onde são discutidas e definidas as prioridades sociais, além das formas de ação e de obtenção dos recursos disponíveis para a sua efetivação. Trata-se de uma atribuição dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo em vista que a efetivação dos direitos sociais é uma marca do Estado Democrático de Direito e, como tal, depende de estrutura e organização para a definição de prioridades.

No Brasil, tem prevalecido a ideia de que o direito à saúde é revestido de caráter absoluto, levando à percepção de que o Estado tem que dispor de todos os meios disponíveis para a satisfação desse direito social. Essa ideia surge em função da previsão constitucional do direito à saúde, entendendo-o como direito fundamental originário e de aplicação imediata, conforme já explicado em capítulo anterior ¹⁵.

Nesse sentido, a conclusão a que se chega em algumas esferas é a de que, a partir do momento que um direito fundamental social não é satisfeito pela Administração Pública, em suas funções executiva e legislativa, há violação a um direito constitucional, passível de intervenção do Poder Judiciário.

¹⁴ TERCETTI N. PEREIRA, Fernanda. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, p. 291-308, 2015.

¹⁵ MÂNICA, Fernando Borges. Pacerías Público-Privadas e Judicialização no Sistema Nacional de Saúde Brasileiro. Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXVIII, Número 271, Mayo-agosto 2018 10.22201/fder.24488933e.2018.271.65322

Cumpra esclarecer que Judiciário é convidado a intervir processualmente em determinadas hipóteses, quais sejam¹⁶:

- No caso de omissão legislativa, isto é, quando há inércia do Poder Legislativo em regulamentar determinada questão ligada ao direito à saúde;
- Em caso de omissão administrativa, com descumprimento pela Administração Pública da legislação que regulamenta o direito à saúde;
- Quando existe regulamentação que desrespeita ou limita o direito constitucional à saúde.

O Ministro Luís Roberto Barroso¹⁷ admite que questões de repercussão social têm batido à porta do Judiciário com mais frequência para garantir a sua satisfação. Nesse sentido, Barroso define a demanda ao judiciário como judicialização, que segundo o autor “... algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

Para o autor LUHMANN¹⁸, no que tange a Teoria dos Sistemas Sociais, “o Judiciário centraliza o sistema jurídico. Este Poder é classificado como integrante do sistema de organizações, no gênero sistemas, juntamente com os sistemas sociais e com os sistemas de interação. As organizações cumprem a função decisional na Teoria dos Sistemas Sociais”.

¹⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Pacerias Público-Privadas e Judicialização no Sistema Nacional de Saúde Brasileiro. Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXVIII, Número 271, Mayo-agosto 2018 10.22201/fder.24488933e.2018.271.65322

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 276.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990, p. 149-168

O Ministro Barroso¹⁹ apresenta de forma sucinta as possíveis causas da judicialização nos dias atuais, quais sejam:

- A redemocratização do país: teve como ponto principal a carta magna de 1988, a qual conferiu ao Poder Judiciário uma posição mais significativa, transformando-o em um poder político capaz de guardar a Constituição e as leis e, ainda, atuar numa possível moderação entre os Poderes. Da mesma forma, a democratização permitiu a sociedade maior consciência dos seus direitos e maior acesso à informação, ponto visivelmente favorável à busca pelas prestações jurisdicionais quando necessárias.
- Seguindo uma tendência mundial, a Constituição de 1988 trouxe em seu corpo a guarda de direitos antes deixados para serem regulados por outros instrumentos. Vista como abrangente, a atual Constituição transformou Política em Direito²⁰, ao permitir que uma norma constitucional pode se transformar em uma pretensão jurídica, muitas vezes através de uma demanda judicial.
- Por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Nesse sentido, Barroso afirma: “Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 276.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 276.

públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF²¹.

É importante demonstrar que a judicialização não pode ser confundida com outro instituto muito utilizado pelo Poder Judiciário, o ativismo judicial.

Nas palavras do Ministro Barroso, o ativismo judicial está associado a uma atuação mais profunda do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais. O Ministro entende que, apesar da semelhança, não devemos confundir o ativismo com a judicialização, pois não possuem a mesma origem e não são gerados pelas mesmas causas.

A judicialização mais tem a ver com um fato inerente ao modelo constitucional brasileiro. Já o ativismo judicial é uma atuação proativa, por escolha do Poder Judiciário na tarefa de interpretar a constituição. O ativismo judicial ocorre quando há um vácuo legislativo, geralmente causado quando há um distanciamento entre a classe política, eleita para representar a sociedade, e a própria sociedade, gerando a insatisfação das demandas sociais.

O ativismo judicial é um fenômeno que se aproxima principalmente dos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, onde a separação de poderes é observada²². Temos que remeter o ativismo às jurisprudências do direito norte-americano.

Nesse sentido, pode-se entender o ativismo judicial como o exercício da atividade jurisdicional exercida para além dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico. Essa atitude proativa do Poder Judiciário muitas vezes causa desconforto, desvirtuando a função típica desse Poder, em detrimento dos demais Poderes.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 277

²² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. Saraiva, 2010. P.129

É importante esclarecer que o fenômeno do ativismo judicial atinge frontalmente o Poder Legislativo, pois pode ter o seu espaço de elaboração normativa visivelmente invadido por decisões criativas.

Arcênio Brauner²³ entende o ativismo judicial como uma forma intersubjetiva de interpretar a constituição, expandindo ou restringindo o seu alcance. Essa restrição, para Barroso, é conceituada de autocontenção, forma de o judiciário não “se calar” a respeito de um assunto que não lhe é devido.

Elival da Silva Ramos²⁴ compreende o ativismo judicial como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional. Nesse sentido, “Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício da sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas”.

É importante esclarecer que o fenômeno do ativismo judicial atinge frontalmente o Poder Legislativo, pois pode ter o seu espaço de elaboração normativa visivelmente invadido por decisões criativas. Por outro lado, não implica dizer que a ultrapassagem dos limites da função jurisdicional provoca sempre decisões ativistas abusivas ou inaceitáveis.

Barroso demonstra diferentes condutas do Poder Judiciário que demonstram ativismo judicial ²⁵:

- A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;

²³ BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLET, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 597- 624. p. 617.

²⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. Saraiva, 2010. P.139

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 277

- 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;
- A imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

É em relação a postura ativista no que tange às matérias de políticas públicas que se percebe um excesso de intervenção judicial. No que tange o direito à saúde, objeto desse trabalho, o ativismo vem sofrendo muitas críticas, na medida em que a satisfação desse direito social demanda uma análise mais ampla e profunda do Poder Judiciário no tocante à elaboração das políticas públicas.

4 O DIREITO À SAÚDE E A POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO

Como dito acima, o excesso de intervenção do Poder Judiciário na satisfação do direito à saúde tem encontrado muitas críticas.

A necessidade de formulação de política públicas que atendam os direitos sociais, em especial da saúde, devem ser analisados de forma ampla. Isto é, deve-se observar para além do direito, o seu financiamento, bem como os indivíduos envolvidos nessa demanda.

Como bem explicado acima, o art. 196 da Constituição garante acesso universal e igualitário aos serviços voltados para a promoção, proteção e recuperação da saúde. No entanto, as demandas judiciais podem gerar, na maioria das vezes, decisões judiciais em ações que atendam apenas interesses individuais.

Dessa maneira, o judiciário deixa de analisar a realidade de todo sistema de saúde, que não cabe dentro do processo e, essa decisão individual acaba por prejudicar outros cidadãos que não fazem parte da demanda, uma vez que, para satisfação da demanda individual a administração deverá realocar recursos.

Como bem ressalta Fernando Mânica,²⁶ “A natureza social do direito à saúde, bem como os princípios que delimitam o dever estatal de sua garantia devem ser respeitados. Afinal, mesmo que o direito à saúde possa ser vislumbrado sob a perspectiva do direito de uma pessoa concreta vir a receber assistência individualizada e específica, sua dimensão social e sua repercussão coletiva devem ser levadas em conta sob o prisma da razoabilidade e da solidariedade”.

O caso mais clássico de ativismo do Poder Judiciário na satisfação de direitos sociais, mediante imposição ou abstenção de condutas ao Poder Executivo é o de fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos mediante decisão judicial.

As decisões judiciais que versam sobre o direito à saúde têm se multiplicado principalmente no âmbito da justiça estadual e federal, condenando os três entes da federação à prestação demandada mesmo quando os tratamentos e a medicação não constam da lista e dos protocolos de tratamento do Ministério da Saúde e das secretarias de saúde dos estados e dos municípios.

Cumprir observar que a atuação judicial nas políticas públicas de saúde invade a competência da execução do orçamento de seguridade social, que é do Poder Executivo. Nesse sentido, a intromissão do Poder Judiciário ao determinar tratamentos ou a concessão de medicamentos de forma individualizada não considera o trabalho de elaboração do orçamento pelos entes federativos aprovado pelo Poder Legislativo, o qual prevê já no exercício anterior a entrada e a saída de recursos do ano corrente, bem como autoriza gastos previamente determinados.

Assim, o uso recorrente das decisões judiciais podem provocar o colapso nas finanças públicas, pois não são analisados o alcance e o impacto econômico e político da medida judicial.

Onde fica a separação dos poderes e o respeito às atividades típicas de cada um deles quando o Poder Judiciário invade a execução das políticas públicas do Estado, sem levar em consideração a sua autonomia e independência? Onde fica o

²⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Pacerías Público-Privadas e Judicialização no Sistema Nacional de Saúde Brasileiro. Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXVIII, Número 271, Mayo-agosto 2018 10.22201/fder.24488933e.2018.271.65322

atendimento igualitário e universal da sociedade quando o Estado tem que alocar recursos para atender a um indivíduo apenas?

Não está se afirmando aqui que o direito e a política não devem se misturar. O que se espera é que mesmo considerando a natureza social do direito à saúde, a sua repercussão coletiva e a sua dimensão social devem ser vistas sob o prisma da razoabilidade e da solidariedade. Nesse sentido, “a discussão acerca da extensão dos deveres estatais voltados à garantia do direito à saúde deve ser pública, localizada na arena política e com a participação da sociedade.”²⁷

Importante também que o judiciário, utilizando-se de suas técnicas bem acuradas e de sua capacidade de análise, pudesse diagnosticar aqueles casos verdadeiramente necessitados de tutela jurisdicional. No entanto, essa atividade demanda a participação da área médica, o que raramente é factível.

Nota-se que o ativismo judicial na esfera da saúde corresponde a uma demanda sobre direito a ser observado através de políticas públicas de competência do Poder Executivo. O uso indiscriminado de decisões judiciais que extrapolam a atividade jurisdicional pode criar um estado jurisdicional, ou seja, um Estado onde o Poder Judiciário possui mais importância que os demais Poderes.

Como já dito anteriormente, a separação de poderes pode estar sob ameaça, uma vez que o Poder Judiciário está adentrando as competências de outro Poder, quando atua em busca do controle da atividade estatal.

5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988, conhecida como Constituição Democrática, pois elaborada no período de redemocratização do país, trouxe em seu corpo a extensão dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos. Também foi o instrumento fundamental para permitir o protagonismo do Judiciário, como vemos nos dias atuais, e mais informação à sociedade.

²⁷ MÂNICA, Fernando Borges. Pacerías Público-Privadas e Judicialização no Sistema Nacional de Saúde Brasileiro. Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXVIII, Número 271, Mayo-agosto 2018 10.22201/fder.24488933e.2018.271.65322

Dessa forma, a Constituição Republicana provocou a ascensão da participação dos indivíduos na sociedade. Como consequência, com mais informação e mais consciência social, houve um aumento da busca de uma tutela jurisdicional em busca da satisfação de direitos que os indivíduos acreditam ser merecedores.

Em conjunto com a busca por uma tutela jurisdicional surgiu no ordenamento jurídico brasileiro um fenômeno já conhecido em outros ordenamentos, o fenômeno do ativismo judicial.

Apesar de importante instrumento utilizado para a observância de direitos, o ativismo judicial tem se apresentado de forma exagerada, em especial nas questões concernentes ao direito fundamental da saúde. Decisões judiciais têm obrigado o Poder Executivo dos três entes federativos a fornecer medicamento e conceder tratamentos terapêuticos, de forma individualizada, sem observar os impactos econômicos nos orçamentos dos entes.

Não é desejável com esse trabalho condenar o instituto do ativismo judicial. Trata-se de um instrumento que, quando utilizado de maneira razoável e proporcional, permite ao Poder Judiciário uma postura proativa, capaz de exercer maior controle da atividade estatal e maior atuação no equilíbrio entre os três poderes.

O que não é aceitável e coerente com o Estado Democrático de Direito é a utilização abusiva do ativismo, que desrespeita a Separação de Poderes e interfere na independência e autonomia deles, como ocorre no caso da saúde.

A promoção, a proteção e a recuperação da saúde devem ser financiadas pela seguridade social. Ao Poder executivo do Estado é determinada competência para a elaboração e implementação de políticas públicas, através do orçamento dos entes federativos.

No entanto, o Poder Judiciário tem tomado à dianteira e concedido decisões criativas que obrigam o Poder Executivo a fornecer medicamentos e tratamentos terapêuticos, muitos deles ainda não previstos no rol do Ministério da Saúde,

impondo-lhe multas pelo descumprimento da decisão e provocando um impacto negativos, sociais e orçamentários.

Diante disso, a coletividade também sai prejudicada, uma vez que a Administração deverá realocar recursos para atender as demandas judiciais, como consequência dessa realocação, sobrevém o desequilíbrio das contas pública.

Mostra-se com isso que o ativismo judicial é prejudicial por não observar a amplitude do direito social da saúde. Não se pode dizer que o Direito à saúde é absoluto e como tal deve ser assegurado independente de uma análise mais acurada do funcionamento da Administração.

Conforme dito no trabalho, o direito social à saúde deve ser analisado de forma pública, no campo político e do direito e com a participação da sociedade, com vistas a garantir a razoabilidade e a proporcionalidade de sua garantia. Tudo que exacerba o mínimo razoável na atuação de um Poder é uma ameaça para a Separação dos Poderes, princípio do Estado Democrático do Direito.

REFERÊNCIAS

AgR-RE 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, Dj de 12-9-2000

ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIOS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_6_.asp>

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>

BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLET, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. v. 1. (jul./dez. 2011). Brasília: CMB, 2012. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. Saraiva, 2010.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Tradução: Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TERCETTI N. PEREIRA, Fernanda. *Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, 2015.