



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

LETÍCIA CICHELLI DE SÁ VIEIRA

**O ativismo constitucional como possível alternativa ao ativismo judicial no âmbito do
Estado de Direitos Fundamentais**

**BRASÍLIA
2022**

LETÍCIA CICHELLI DE SÁ VIEIRA

**O ativismo constitucional como possível alternativa ao ativismo judicial no âmbito do
Estado de Direitos Fundamentais**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Dra. Christine Oliveira Peter da Silva.

**BRASÍLIA
2022**

LETÍCIA CICHELLI DE SÁ VIEIRA

**O ativismo constitucional como possível alternativa ao ativismo judicial no âmbito do
Estado de Direitos Fundamentais**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientadora: Professora Dra. Christine Oliveira
Peter da Silva.

BRASÍLIA, ____ DE _____ DE 2022

BANCA AVALIADORA

Professora Orientadora Christine Oliveira Peter da Silva

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar possíveis alternativas que visem a minimizar as disfunções causadas pelo ativismo judicial, no contexto do Estado Constitucional. Este estudo se justifica pois, apesar de se reconhecer o importante papel do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (STF), na concretização de direitos fundamentais, tem se percebido que a atuação ativista de juízes pode acabar violando o princípio da separação dos Poderes e, conseqüentemente, o princípio democrático. Nesse contexto, o principal objetivo ora proposto é apresentar o ativismo constitucional – marcado por um arranjo institucional mais dialógico – como possível alternativa ao ativismo judicial. A fim de melhor contextualizar a análise que se propõe a fazer, serão analisadas as principais características do Estado Constitucional, especialmente a ideia de interdependência entre os Poderes. Serão conceituados, ainda, os fenômenos da judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial, bem como será brevemente analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, com vistas a identificar, nessa decisão, eventuais indícios de uma postura mais dialógica por parte do STF. Por fim, será conceituado o ativismo constitucional e alguns instrumentos institucionais dialógicos como caminhos viáveis à sua implementação no Brasil.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Estado Constitucional. Ativismo Constitucional. Direitos fundamentais. Separação dos Poderes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	9
1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional	9
1.2 Da supremacia da lei à supremacia da Constituição	15
1.3 Da concepção jurídico-subjetiva à concepção jurídico-objetiva dos direitos fundamentais	15
1.4 Da separação de funções de poder à interdependência entre as funções de poder	17
2. DOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DO ATIVISMO JUDICIAL	22
2.1 Judicialização de políticas públicas	22
2.2 Ativismo Judicial	24
2.3 Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347	30
3. O ATIVISMO CONSTITUCIONAL COMO POSSÍVEL ALTERNATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL	35
3.1 Teoria dos diálogos institucionais	38
3.2 Compromisso significativo	42
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, inserido na área do Direito Constitucional, sobretudo no capítulo dos princípios fundamentais e da concretização dos direitos e garantias fundamentais, trata das problemáticas e possíveis alternativas ao ativismo judicial, no contexto do Estado Constitucional.

No âmbito da separação dos Poderes, princípio consagrado pela Constituição Federal de 1988, os Poderes Executivo e Legislativo ocupam posições de destaque na formulação e implementação de políticas públicas, sendo, portanto, garantidores dos direitos fundamentais. Todavia, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem exercido tal função garantidora com certo destaque, em razão do papel precípua de guardião da Constituição.

Nesse contexto, a judicialização das políticas públicas tem se apresentado como um fenômeno da atualidade, uma vez que, quando não implementadas pelos demais Poderes, o Judiciário é acionado. Assim, pode-se, ou não, ser identificado o ativismo judicial, a depender de como se dará a atuação dos juízes na concretização dos direitos fundamentais.

Para que se proceda ao principal objetivo ora proposto, qual seja o de apresentar o ativismo constitucional como possível alternativa ao ativismo judicial, far-se-á necessária uma contextualização acerca do Estado Constitucional e suas principais características, com foco na ideia de interdependência entre os Poderes.

Ato contínuo, serão conceituados os fenômenos da judicialização de políticas públicas, do ativismo judicial e, principalmente, do ativismo constitucional. Este último será apontado como alternativa viável ao ativismo judicial, já que propõe uma comunicação mais dialógica entre os Poderes na concretização dos direitos fundamentais.

O presente trabalho será desenvolvido a partir de uma metodologia dogmática instrumental, com revisão bibliográfica e análise documental, especialmente de precedente específico do Supremo Tribunal Federal: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347.

Para tanto, serão utilizadas as obras de diversos autores que se debruçam sobre temas atinentes ao Direito Constitucional, em especial, Luís Roberto Barroso¹, Christine Oliveira Peter da Silva² e George Marmelstein Lima³.

O estudo acadêmico será desenvolvido a partir de três capítulos. No primeiro capítulo, será feita uma contextualização do Estado Constitucional e suas principais características, demonstrando, sobretudo, as transições cruciais deste em relação ao Estado de Direito, quais sejam: (i) da supremacia da lei para a supremacia da Constituição; (ii) da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder; e (iii) da perspectiva jurídico-subjetiva para a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, serão conceituados os fenômenos da judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial, bem como será feita uma análise da ADPF n. 347 buscando identificar se já é possível perceber uma postura mais dialógica por parte do STF, que esteja aberta às contribuições oferecidas pelos demais Poderes, instituições e cidadãos, ou se ainda prevalece a ideia de supremacia judicial.

No terceiro capítulo, será apresentado o ativismo constitucional como alternativa viável às problemáticas do ativismo judicial. Nesse contexto, serão estudados dois instrumentos dialógicos como possíveis caminhos para a implementação do ativismo constitucional no Brasil.

¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008; BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007; BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, 2010; e BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

² SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional, v.4, p.1-27, 2010; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013; SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de Direitos Fundamentais. Disponível em [https://www.academia.edu/26200597/Estado de Direitos Fundamentais?email_work_card=view-paper](https://www.academia.edu/26200597/Estado_de_Direitos_Fundamentais?email_work_card=view-paper); e SILVA, Christine Oliveira Peter da. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

³ LIMA, George Marmelstein. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. Revista Jurídica da Fa7, Fortaleza, v. 12, n. 1, p. 10-28, 2015; e SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021.

Um estudo mais detalhado acerca do presente tema se justifica pelo fato de, apesar de se reconhecer a importância do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, tem se percebido que a supremacia judicial pode acabar por violar o princípio da separação dos Poderes e, conseqüentemente, o princípio democrático. Seguem a Conclusão e as Referências.

Isso posto, convido todos e todas que se disponham a refletir no contexto de uma concepção de Estado Constitucional, na qual a concretização dos direitos fundamentais se baseie em uma dinâmica dialógica entre os Poderes estatais.

1. ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

Inicialmente, cumpre realizar alguns esclarecimentos quanto ao contexto no qual o Estado de Direito foi sedimentado, para depois passar à análise do Estado Constitucional.

O Estado de Direito foi consolidado na Europa, ao longo do século XIX, com a adoção de um modelo político liberal, caracterizado pela submissão ao império da lei, à divisão de poderes e à garantia dos direitos individuais⁴.

De acordo com Pérez Luño, o Estado de Direito consiste em uma organização política cujo princípio máximo é a sujeição do poder ao Direito, ou seja, às leis, que são legítimas e garantidoras dos direitos fundamentais⁵.

Diferentes autores entendem que o paradigma do Estado de Direito, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, foi superado por um novo modelo, denominado de Estado Constitucional, ou Estado de Direitos Fundamentais, como denomina Peter Harbele⁶, cuja característica principal é a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, traduzida na primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais⁷.

Segundo Barroso, a partir desse contexto, a validade das leis passou a não depender apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais⁸.

De acordo com ele, a Constituição não só impõe limites aos Poderes Legislativo e Executivo, como também delimita seus deveres de atuação, além de ampliar as tarefas do Poder Judiciário, o qual passa a poder invalidar atos legislativos ou administrativos e interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição⁹.

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, 2005, p. 21-41.

⁵ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Teoría del derecho: Una concepción de la experiencia jurídica. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 169

⁶ HABERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de Constituições, in *Direito Público*, v. 1, n. 55, 2014, p. 183-190. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2236/?msckid=f9f0f374b91c11ec841dd6f4fd6dfed7>.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, 2010, p. 4.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 239.

⁹ *Idem*, p. 239.

Conforme leciona Pérez Luño, o Estado Constitucional é marcado pelo caráter normativo da Constituição, diferentemente do caráter meramente programático que possuía no Estado de Direito, de modo que o texto constitucional passa a prever os procedimentos adequados para garantir a eficácia dos direitos fundamentais ali positivados¹⁰.

Nesse contexto, não mais se sustenta a ideia de Estado de Direito concebida nos séculos XVIII e XIX, ao passo que o modelo de Estado Constitucional, proposto no decorrer do século XX, emerge como uma necessidade do século XXI, em razão do reconhecimento como modelo de prática política aberta e pluralista das contingências das sociedades mundializadas¹¹.

Pérez Luño leciona que tal mudança da aplicação do Direito não decorre de ações arbitrárias dos detentores de poder, mas sim da adequação de suas atividades às mudanças políticas, econômicas e sociais da sociedade¹².

Nas palavras de Christine Peter, o Estado de Direitos Fundamentais assume a função de paradigma atualizador do ideário do Estado de Direito, o que se justifica diante da imperiosa necessidade de se investigar a missão das instituições federativas e republicanas diante dos complexos problemas que lhe são colocados como instituições garantidoras, ou não, dos direitos fundamentais¹³.

Para ela, os pressupostos dos referidos modelos de Estado são os mesmos: a preocupação com a supremacia do direito como vetor axiológico e axiomático de sua própria existência; a vinculação a um modelo de descentralização e controle recíproco de poder, e o compromisso com os direitos e garantias fundamentais¹⁴.

Para entender essa mudança de eixo paradigmático, faz-se necessária a compreensão acerca das principais características e diferenças dos referidos modelos.

Em apertada síntese, o Estado de Direito é marcado (i) pelo controle de legalidade, (ii) pela concepção subjetiva dos direitos fundamentais, e (iii) pela rígida

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

¹¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 26.

¹² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 60.

¹³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de Direitos Fundamentais, p. 1. Disponível em https://www.academia.edu/26200597/Estado_de_Direitos_Fundamentais?email_work_card=view-paper. Acesso em 25 de abril de 2022.

¹⁴ Idem, p.1.

separação entre as funções de poder. Por outro lado, o Estado Constitucional destaca-se (i) pelo controle de constitucionalidade, (ii) pela concepção objetiva dos direitos fundamentais, e (iii) pela interdependência entre as funções de poder¹⁵.

Isso posto, passa-se à análise das transformações marcantes ocorridas de um modelo de Estado para o outro.

1.2 Da supremacia da lei à supremacia da Constituição

Conforme esclarece Barroso, antes do Estado Constitucional se consolidar, em meados do século XIX, vigorava o Estado de Direito, também identificado como Estado Legislativo de Direito¹⁶, no qual a lei era o objeto central da sociedade. A Constituição era vista como um mero documento político, cuja concretização de suas normas dependia da liberdade de conformação do legislador ou da discricionariedade do administrador, não cabendo ao Poder Judiciário qualquer papel relevante em sua efetivação¹⁷.

No modelo atual, contudo, surge a ideia de um pluralismo jurídico, no qual o monopólio estatal de produção normativa torna-se ultrapassado, muito em razão do aparecimento dos fenômenos denominados de supra e infraestatalidade normativa, os quais consistem na criação de normas supra e infraestatais¹⁸.

No tocante às normas supraestatais, Pérez Luño ensina que se passou a conferir normatividade às regras pactuadas por pessoas de direito internacional público, como por exemplo os tratados e a atribuição de competências a organizações internacionais¹⁹. Quanto às normas infraestatais, estas passaram a ser acordadas por associações da sociedade civil organizada, situadas entre o poder estatal e o cidadão²⁰.

¹⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional, v.4, p.1-27, 2010. p.5

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: Miguel Carbonell (org.), Neconstitucionalismo(s), 2003, p. 14-17; e Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, 2005, p. 21-41.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, 2010, p. 4.

¹⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

¹⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62-63.

²⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 26

Assim, na medida em que tais normas passaram a ter caráter normativo dentro do ordenamento jurídico estatal, o Estado não mais detinha o monopólio da produção das fontes jurídicas utilizadas em seu ordenamento, dividindo, portanto, tal função com diferentes atores no plano internacional e nacional, a caracterizar um pluralismo metódico²¹.

Nesse contexto, para combater a insegurança decorrente do choque entre as fontes jurídicas, propôs-se uma substituição da supremacia da lei pela supremacia da Constituição. Assim, a Constituição passou a ser a origem das demais fontes, buscando manter a unidade e hierarquia das leis²².

Surge, então, no dizer de Barroso, a ideia de constitucionalização do Direito, associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujos conteúdos materiais e axiológicos se irradiam, com força normativa, por todo o sistema jurídico. A Constituição passa a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional²³.

Para além de disciplinar a produção das leis e atos normativos, a Constituição torna a estabelecer limites de atuação ao Estado. Nas palavras de Barroso, a constitucionalização repercute sobre os três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.²⁴

²¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. – Curitiba, PR: CRV, 2014. p. 28

²² SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro*. Observatório da Jurisdição Constitucional, v.4, p.1-27, 2010. p.10.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007, p. 17.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 2.

Conforme leciona Barroso, o papel do Poder Judiciário, e, especialmente, das Cortes Constitucionais e Supremos Tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos outros Poderes, quando necessário, “*sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais*”²⁵.

Nesse cenário, a proteção do texto constitucional passou a ser a principal tarefa do Poder Judiciário. A partir de 1945, inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais²⁶.

No Brasil, a jurisdição constitucional – isto é, a interpretação e aplicação do texto constitucional por órgãos judiciais –, expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição Federal de 1988, uma vez que se ampliou o direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e para segmentos sociais representativos²⁷.

Nesse ponto, Barroso assevera que a jurisdição constitucional brasileira é exercida amplamente pelos juízes e tribunais do país, com o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. Tal competência jurisdicional compreende (i) a aplicação direta da Constituição às situações nela previstas, (ii) a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis, ou (iii) como vetor de interpretação de todas as normas do sistema, buscando sempre o sentido mais adequado²⁸.

Além disso, ao lado desse amplo exercício de jurisdição constitucional, destaca-se o surgimento de outro fenômeno. Com a promulgação da Constituição de 1988, a demanda por justiça na sociedade brasileira aumentou de maneira significativa, tanto pela redescoberta da cidadania, quanto pela conscientização das pessoas em

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007, p. 51.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 255.

²⁷ Idem, p. 256.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, 2010, p. 5.

relação aos seus próprios direitos, bem como pela criação de novos direitos no texto constitucional²⁹.

Junta-se a isso a ascensão institucional do Poder Judiciário nos últimos anos. Barroso explica que, recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de exercer apenas um papel técnico e passaram a desempenhar também uma função política, sendo um marco simbólico no imaginário da sociedade³⁰.

Assim, com o somatório de tais fatores – constitucionalização do Direito, aumento das demandas judiciais e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se, no Brasil, expressiva judicialização de questões políticas e sociais, as quais passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final³¹, o que será objeto de análise do próximo capítulo.

Frise-se que a tarefa exercida pelos intérpretes não é nada simples. Por um lado, estes são obrigados a resolver eventuais questões de lacunas e imprecisões das normas, não podendo se furtar da prestação jurisdicional, e por outro lado, devem se atentar aos limites de suas competências³².

Conforme assevera Mauro Capelletti, ainda que a linguagem legislativa seja precisa, pode deixar lacunas que precisarão ser preenchidas pelos juízes, bem como pode permitir ambiguidades que, em última análise, deverão ser resolvidas pelo Judiciário³³.

Dessa forma, não há como se negar a complexidade do papel exercido pelos juízes, já que estão em pauta sua responsabilidade pessoal, moral, política e jurídica. Consoante Christine Peter, da simples separação de funções de poder para a realização de competências que se auto ajustam, mostra-se patente a necessidade de recontextualização do princípio de separação das funções de poder³⁴.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007, p. 44.

³⁰ Idem, p. 45.

³¹ Idem, p. 45.

³² CAPPELLETI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993, p.22-23.

³³ Idem, p.21

³⁴ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87

1.3 Da concepção jurídico-subjetiva à concepção jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

A perspectiva jurídico-objetiva atribui aos direitos fundamentais um novo papel no ordenamento jurídico, sendo necessária uma breve recapitulação histórica para que se compreenda em que circunstâncias esta foi sedimentada.

De acordo com Luís Roberto Barroso, em meados de 1949, o Tribunal Constitucional Federal Alemão assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, passaram a desempenhar outra função, qual seja a de instituir uma ordem objetiva de valores na sociedade. Em suas palavras³⁵:

O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.

É dizer, a natureza objetiva dos direitos fundamentais se baseia na constatação de que estes não se limitam apenas à função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas também irradiam valores e fornecem diretrizes para a atuação dos órgãos legislativos, executivos e judiciários³⁶.

Para Perez Luño, além de fornecer diretrizes para órgãos do Poder Público, os direitos fundamentais, em sua concepção objetiva, possuem a função de “*sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos prestam seu consentimento e condicionam seu dever de obediência ao direito*”³⁷.

Para Canotilho, fala-se em caráter objetivo de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária³⁸.

De acordo com as lições de Ingo Sarlet:

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007, p. 20.

³⁶ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais – fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 254.

³⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 20.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 535

Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais, provocada não só — mas principalmente — pela transição do modelo de Estado liberal de Direito para o do Estado social e democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.³⁹

De acordo com Christine Peter, para que essa visão objetiva dos direitos fundamentais não seja reduzida a uma dimensão meramente valorativa, é preciso destacar a sua força jurídica autônoma⁴⁰.

Um dos primeiros desdobramentos dessa força jurídica autônoma diz respeito à eficácia irradiante dos direitos fundamentais, isto é, estes passam a fornecer as diretrizes para a interpretação e aplicação de todas as normas infraconstitucionais, assemelhando-se à técnica da interpretação conforme a Constituição⁴¹.

Outro desdobramento se refere à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, tais direitos também desencadeiam efeitos para as relações privadas, não constituindo direitos oponíveis apenas aos poderes públicos⁴².

Por último, destaca-se a eficácia dirigente dos direitos fundamentais, segundo a qual tais direitos irradiam efeitos em relação a todos os órgãos, agentes e funções estatais, de modo que todos poderes possuem igual dever de concretizar seu conteúdo essencial, não sendo tarefa exclusiva do Judiciário⁴³.

Isso implica, portanto, que exista uma interdependência constitucional permanente entre os Poderes no exercício das funções de administrar, legislar e julgar. É nesse contexto de interação, na busca da concretização dos direitos fundamentais, que a ideia de separação de Poderes ganha nova dinâmica⁴⁴, o que será detalhado a seguir.

³⁹ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151

⁴⁰ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87

⁴¹ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147-148.

⁴² Idem, p. 148.

⁴³ Idem. p. 146-147.

⁴⁴ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87

1.4 Da separação de funções de poder à interdependência entre as funções de poder

O princípio da separação dos poderes encontra previsão no art. 2º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

De acordo com Pedro Lenza, a primeira base teórica para a tripartição dos Poderes foi lançada por Aristóteles:

Em sua obra Política, [...] o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos.⁴⁵

O autor esclarece, todavia, que Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, mas em razão do momento histórico, estas eram concentradas na figura de uma só pessoa, o soberano, que detinha poder incontestável de mando⁴⁶.

Ainda que sua descoberta não tenha influenciado na separação dos poderes propriamente dita, já que o poder não era de fato partilhado, de acordo com Zulmar Fachin, *“foi com a descoberta de Aristóteles que, pela primeira vez, no campo teórico, falou-se na necessidade de distribuir a tarefa de exercer o poder político”*⁴⁷.

Importante destacar a contribuição de John Locke, no século XVII, para o desenvolvimento da teoria da tripartição de poderes. Como assevera Zulmar Fachin, Locke teorizou uma forma de evitar que todo o poder estatal repousasse nas mãos de uma única pessoa, sem, contudo, falar em uma convivência harmônica entre os três Poderes, já que defendia a supremacia do Poder Legislativo sobre os demais⁴⁸.

Assim, a ideia de separação dos Poderes, como é conhecida atualmente, somente foi incorporada ao constitucionalismo pela obra de Montesquieu, no século XVIII. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari aponta que:

Finalmente, com Montesquieu, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário,

⁴⁵ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.

⁴⁶ Idem, p. 433.

⁴⁷ FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, Curitiba, 2009, p. 4. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf. Acesso em 22 de abril de 2022.

⁴⁸ Idem, p. 4.

harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições. Em sua obra “De L’Esprit des Lois”, aparecida em 1748, Montesquieu afirma a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Em sua opinião, o normal seria a existência de um órgão próprio para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse com três poderes, pois “[t]udo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes.”⁴⁹

Nas palavras de Pedro Lenza, Montesquieu inovou ao dizer que as funções estatais estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, não mais se concentrando nas mãos do soberano. Tal teoria surgiu em contraposição ao absolutismo, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão⁵⁰.

Sobre a consagração do princípio da separação dos Poderes, Manoel Messias Peixinho ensina que:

A divisão dos poderes foi consagrada como princípio formal fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 16) que se expressa na criação de instituições independentes e autônomas cujas funções diferenciadas objetivam o afastamento do despotismo do antigo regime e garantir a liberdade e os direitos fundamentais. Para os deputados de 1789, a separação dos poderes era um dogma, a ponto de ser positivado na Declaração o princípio de que uma sociedade que não garantisse a separação dos poderes não tinha Constituição.⁵¹

Nesse cenário, o sistema de separação dos Poderes foi consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, associando-se à ideia de Estado Democrático. Pedro Lenza explica, entretanto, que a partir do século XX, diante de novas realidades sociais, foi-se permitindo maior interpenetração entre os Poderes, atenuando-se, portanto, a teoria inicial de separação absoluta desses⁵².

Nesse sentido, mencionada teoria passou a ser vista não mais como apenas uma separação das funções estatais entre diferentes órgãos, mas como uma necessidade de colaboração entre tais funções, visando uma “contenção de cada poder nas fronteiras de sua competência constitucional”⁵³.

⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 219.

⁵⁰ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.

⁵¹ PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 3, jul./dez. 2008. Disponível em: http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf

⁵² LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.

⁵³ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. Revista de Direito Público, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981. p. 121.

Em outras palavras, os três Poderes passaram a dispor de meios eficientes para impedir a usurpação de funções uns pelos outros. Nas lições de Carlos Ayres Britto, trata-se do modelo proposto pelos americanos conhecido como “freios e contrapesos”, no qual os poderes estão equilibrados entre os diferentes órgãos da República, não podendo nenhum deles ultrapassar seus limites constitucionais sem que o outro possa contê-lo⁵⁴.

Desde então, o princípio não configura mais a rigidez que outrora se verificava. Isso porque a ampliação das atividades estatais impôs, como consequência, uma nova visão da teoria da separação de Poderes. Nesse ponto, confira-se o entendimento de José Afonso da Silva:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁵⁵

O então chamado sistema de freios e contrapesos pode ser compreendido como uma relação harmônica entre os Poderes, de modo que estes mantêm o seu âmbito de independência e autonomia, ao mesmo tempo em que controlam uns aos outros, de maneira a buscar coibir eventual abuso de poder que viole os direitos dos cidadãos⁵⁶.

Isso posto, passa-se à análise do princípio da separação dos Poderes no contexto do Estado Constitucional Contemporâneo.

Conforme esclarecido, mencionado modelo de Estado está centrado na reserva da Constituição, de modo que todos os Poderes constituídos devem atuar de forma conjunta em prol dos fins constitucionais, dentre os quais se destaca a concretização dos direitos fundamentais⁵⁷.

De acordo com Christine Peter, a proposta de uma interdependência entre os Poderes não é nova, já que presente desde a sistemática dos freios e contrapesos. Em suas palavras, o que pode ser considerada novidade é a metódica de interação entre as

⁵⁴ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. Revista de Direito Público, v. 14, n. 59- 60, p. 115-127, jul./dez. 1981. p. 121.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.110.

⁵⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 71.

funções de poder, as quais devem ser avaliadas não mais com “*a métrica das estritas limitações de competências*”, mas com a métrica dos direitos fundamentais:

(...) no Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora.

Qualquer atitude de uma função de poder ou de outra será avaliada com a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a métrica das estritas limitações de competências. As próprias ideias de ativismo judicial e judicialização da política perdem algo de sua razão de ser, nesse contexto, pois as acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso, sobrevivendo momentos de tensões e acomodação pelo exercício recíproco das respectivas competências.⁵⁸

Christine Peter pontua, ainda, que “*não mais é possível imaginar que a dinâmica entre as funções de poder seja pautada na segurança e previsibilidade, com regras do jogo democrático bem definidas ou predefinidas*”. Isso porque, segundo ela, as práticas dos poderes interdependentes se constroem coletivamente, ora pautadas em tensões, ora em estratégias de cooperação, sempre com o olhar atento da sociedade a cobrar e denunciar o exercício das competências constitucionais dos órgãos estatais⁵⁹.

Evidencia-se, portanto, que na tarefa de efetivação das normas constitucionais, é preciso haver uma dinâmica circular entre as forças sociais e jurídico-normativas⁶⁰.

Na mesma linha, o professor Haberle defende que “*todos os cidadãos, todos os partidos e todos os órgãos constitucionais são, em conjunto, "guardiões da Constituição"*”⁶¹.

Ainda de acordo com as lições de Christine Peter, “*a separação de poderes ganha, assim, nova perspectiva metódica, pois será informada pela tarefa exigente e indissociável de movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa ou conflitual, em direção à concretização dos direitos fundamentais*”⁶².

⁵⁸ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 13.

⁵⁹ Idem, p. 14.

⁶⁰ Idem, p. 13.

⁶¹ HABERLE, Peter. Teses do alemão Peter Häberle influenciam o Supremo, 22 nov. 2008. Revista Eletrônica Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_alemao_peter_haberle_influenciam_supremo#:~:text=Ouvir%3A%20Teses%20do%20alem%C3%A3o%20Peter%20H%C3%A4berle%20influenciam%20o,do%20Sol%2C%20e%20o%20constitucionalista%20alem%C3%A3o%20Peter%20H%C3%A4berle.

⁶² PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 15.

Em suma, compreende-se, atualmente, que o princípio da separação dos Poderes deve ser considerado não como uma divisão absoluta entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, mas como uma relação mútua e harmônica, na qual todos possuem igual dever de concretizar a Constituição, conforme se detalhará adiante.

2. DOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Judicialização de Políticas Públicas

De acordo com Luís Roberto Barroso, nos últimos anos, o Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, vem desempenhando papel de destaque na vida institucional brasileira, de modo que diferentes temas relevantes têm sido decididos no âmbito judicial, o que se denomina de judicialização. Em suas palavras:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.⁶³

Barroso esclarece que tal fenômeno não se trata de peculiaridade do Brasil, de modo que outras cortes constitucionais, em diversos momentos da história, também se destacaram como protagonistas de decisões envolvendo assuntos de largo alcance político e social⁶⁴.

Para Barroso, há algumas causas que influenciaram o fenômeno da judicialização no Brasil. A primeira delas foi o processo de redemocratização marcado pela Constituição Federal de 1988⁶⁵.

O autor explica que, com a recuperação das garantias da magistratura, o Poder Judiciário deixou de ser um departamento unicamente técnico e passou a exercer também um poder político. Além disso, o ambiente democrático reestabeleceu a noção de cidadania na sociedade, de modo que, com maior nível de informação e consciência, a população passou a buscar a proteção de seus direitos perante os juízes e Tribunais⁶⁶.

A segunda grande causa da judicialização foi a constitucionalização abrangente e analítica de direitos. Barroso explica que os mais diversos direitos passaram a ser disciplinados pelo texto constitucional, transformando-se em pretensões judicializáveis, de modo que as demandas perante o Judiciário cresceram significativamente⁶⁷.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 429.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 2.

⁶⁵ Idem, p. 3.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 3.

⁶⁷ Idem, p. 3.

Para o autor, a última grande causa para a judicialização da política no Brasil diz respeito ao controle de constitucionalidade adotado no país, caracterizado como eclético, o qual favorece a incidência, ao STF, de demandas ligadas a questões morais ou políticas importantes⁶⁸.

De acordo com as lições de Matheus Casimiro Gomes Serafim e George Marmelstein Lima, essa positivação de extenso rol de direitos não foi suficiente para assegurar a sua concretização, evidenciando, em verdade, um caráter predominantemente simbólico⁶⁹. Nesse ponto, Marcelo Neves explica que, quando o caráter simbólico da Constituição predomina sobre o caráter instrumental, a sua força normativa é enfraquecida, gerando um déficit de efetividade, especialmente em relação aos direitos fundamentais⁷⁰.

Os autores apontam que uma das causas da inefetividade dos direitos fundamentais está relacionada às chamadas omissões políticas inconstitucionais. Nesse ponto, é importante ressaltar que nem sempre se está a tratar de vácuos normativos, pois é possível que haja previsão legal para determinada situação e que, ainda assim, evidencie-se alguma omissão política⁷¹.

Compreende-se, assim, a omissão inconstitucional como a falta de políticas públicas necessárias à proteção de direitos constitucionalmente assegurados, os quais acabam não sendo efetivados pelo Poder Público no caso concreto⁷².

Assim, a adoção de um catálogo constitucional amplo de direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade exercido pelos agentes judiciais ocasionaram a judicialização da política no país, de modo que algumas questões de grande repercussão social ou política passaram a ser levadas ao Poder Judiciário e não mais aos demais Poderes⁷³.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 3-4.

⁶⁹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 6.

⁷⁰ NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, p. 325, 1996.

⁷¹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 6.

⁷² MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. *Revista Jurídica da Fa7*, Fortaleza, v. 12, n. 1, p. 10-28, p. 25, 2015.

⁷³ KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. Disponível

Em suma, Barroso assevera que a judicialização constitui-se como um fato inelutável, já que é uma circunstância decorrente do próprio desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Poder Judiciário. Em suas palavras, os juízes, uma vez provocados, não podem decidir não se pronunciar sobre a questão posta. O autor explica que o modo como exercem essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial, objeto de análise do próximo tópico⁷⁴.

2.2 Ativismo Judicial

Inicialmente, cumpre esclarecer que, apesar de se relacionarem, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial não são a mesma coisa e nem mesmo possuem as mesmas origens. É possível perceber que há grande confusão doutrinária acerca de tais conceitos, o que se pretende esclarecer no presente trabalho.

Conforme demonstrado, a judicialização, no contexto brasileiro, consiste em um fato que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não de mero exercício deliberado de vontade política. De acordo com as lições do Barroso, se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, cabe ao juiz decidir a matéria submetida à análise⁷⁵.

Por outro lado, o ativismo judicial se mostra como uma atitude, é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar o texto constitucional, de maneira a expandir o seu sentido e alcance. Barroso pontua que, normalmente, é possível identificar tal fenômeno em situações de retração dos demais Poderes, em que demandas sociais não consigam ser efetivamente atendidas⁷⁶.

Barroso aponta que a postura ativista se manifesta de três formas: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e (iii) a imposição

em <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf>, p. 7. Acesso em 2 de maio de 2022.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 432.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 5.

⁷⁶ Idem, p. 5.

de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁷⁷.

Para que se proceda à melhor análise do mencionado fenômeno no âmbito do Brasil, faz-se imperiosa a compreensão histórica acerca do surgimento da expressão “ativismo judicial”.

Tal expressão surgiu nos Estados Unidos, sendo utilizada para qualificar a atuação proativa da Suprema Corte quando presidida por Earl Warren nos anos de 1954 a 1969, a qual produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais⁷⁸.

Nesse panorama, entende-se que a expressão assumiu, inicialmente, conotação negativa, equiparada a exercício impróprio do Poder Judiciário. Superada tal crítica ideológica, contudo, Barroso expõe que o ativismo judicial diz respeito a uma participação ampla dos juízes e tribunais na concretização da Constituição, com maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes⁷⁹.

Conforme leciona Maurício Raupp, o ativismo judicial associa-se a uma ideia de concretização de direitos constitucionais mediante uma atuação proativa do Poder Judiciário, diante de omissões dos demais Poderes de Estado⁸⁰.

Para Mayra Miarelli e Rogério Lima, entende-se por ativismo judicial:

(...) o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do interprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.⁸¹

De acordo com as lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ativismo judicial seria o protagonismo institucional do Poder Judiciário a partir de “interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 9.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 433.

⁷⁹ *Idem*, p. 433.

⁸⁰ RAUPP, Maurício S. *Ativismo Judicial. Características e Singularidades - Do voluntarismo à concretização de direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁸¹ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 34.

do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes”⁸².

Para Inocêncio Mártires Coelho, a atividade criativa dos juízes seria inerente à sua própria função, de forma que é incumbência do Poder Judiciário – norteado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição – criar o direito para os casos em que o legislador não o tiver feito.⁸³

Visando a um esclarecimento ainda maior, apresenta-se a figura oposta ao fenômeno do ativismo judicial: a autocontenção judicial, que consiste na atuação mais contida por parte do Judiciário, no sentido de não interferir no âmbito de atuação dos demais poderes⁸⁴.

Barroso ensina que a principal diferença entre tais posições está no fato de que o ativismo judicial busca extrair o máximo do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. Já “*a autocontenção restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas*”⁸⁵.

Ainda de acordo com Barroso, é possível identificar, no Brasil atual, uma posição evidentemente ativista por parte do Judiciário. Segundo ele, tem se experimentado, nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo, o que tem alimentado a expansão do Poder Judiciário na concretização das normas constitucionais. É nesse contexto que são prolatadas decisões judiciais para suprir eventuais omissões que, por vezes, acabam por inovar na ordem jurídica, com caráter normativo geral⁸⁶.

Em suas palavras, mencionado fenômeno possui um lado positivo, já que demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento estão sendo atendidas pelo Judiciário. Há, todavia, um aspecto negativo: as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo são evidenciadas. Para ele, “*as decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados*” e, para que a democracia se consolide, é preciso haver um Congresso atuante e investido de credibilidade⁸⁷.

⁸² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 354.

⁸³ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília V. 5. Número especial (2), 2015, p. 12.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 6.

⁸⁵ Idem, p. 6.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 7.

⁸⁷ Idem, p. 7.

Quanto à expansão do Poder Judiciário, Barroso realiza três grandes objeções que podem ser opostas ao ativismo judicial no Brasil. Para o constitucionalista, a conduta ativista dos juízes (i) oferece riscos para a legitimidade democrática; (ii) promove a indevida politização da justiça; e (iii) ameaça os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário⁸⁸.

Quanto aos riscos à legitimidade democrática, o ativismo é questionado em razão de os magistrados, inevitavelmente, exercerem poder político mesmo não tendo sido eleitos pela vontade popular majoritária. O constitucionalista explica que a possibilidade de um órgão não eletivo como o STF se sobrepor a decisões de representantes democraticamente eleitos é identificada como o papel contramajoritário do Judiciário, que significa garantir os direitos fundamentais, ainda que contra a vontade circunstancial de quem possui a maioria dos votos⁸⁹.

Nesse ponto, Barroso destaca que a Constituição possui dois grandes papéis a desempenhar. O primeiro deles é estabelecer as regras do arranjo democrático, assegurando os meios para tanto, quais sejam: o governo da maioria, a alternância no poder e a participação política ampla. O segundo papel é proteger os direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade majoritária. Isso porque a democracia não se resume ao princípio majoritário, de modo que as minorias também devem ter seus direitos garantidos⁹⁰.

Nesse cenário, uma vez que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, cabe a ele velar pelas regras do jogo democrático, o que inclui o controle das deliberações políticas dos outros poderes, bem como pela proteção dos direitos fundamentais, de modo que a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia do que um risco à democracia⁹¹.

Sobre essa questão, Barroso apenas esclarece que a importância do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição não pode suprimir o governo da maioria e nem o papel do Poder Legislativo. Conforme bem elucida:

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 7-11.

⁸⁹ *Idem*, p. 7-11.

⁹⁰ *Idem*, p. 8.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 8.

para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.⁹²

Assim, o que é reprovável no ativismo judicial é quando juízes impõem suas próprias vontades à revelia do pacto constituinte e dos princípios constitutivos de uma sociedade. Em outras palavras, é quando atuam como se pudessem justificar a autoridade de suas decisões a partir de si mesmos, em um exercício isolado dos demais poderes e alheio à sociedade⁹³.

A segunda crítica feita por Barroso remonta às lições de Schmitt⁹⁴ de que a atuação mais ativa dos juízes promoveria a indevida politização da justiça. Nesse ponto, o constitucionalista explica que a interpretação realizada pelos magistrados sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelos limites oferecidos pelo ordenamento vigente, uma vez que estes são seres humanos e possuem suas subjetividades, não estando libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia⁹⁵.

Explica, entretanto, que “*direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas*”, de modo que o juiz deverá sempre buscar a solução mais adequada ao caso concreto, fundamentando sua decisão com argumentos racionais e persuasivos – o que garante a legitimidade da função jurisdicional⁹⁶.

Nessa linha, para que não se crie um modelo “*juriscêntrico*”, Barroso expõe que os juízes (i) devem, obrigatoriamente, agir em nome da Constituição e das leis, e nunca por vontade política própria; (ii) devem ser deferentes para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; e (iii) na medida do possível, devem atuar em sintonia com os anseios sociais, com o adendo

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 8.

⁹³ BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, v. 8, n.1, p. 1- 43, jan/jun. 2011, p.25.

⁹⁴ SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 83

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 9.

⁹⁶ Idem, p. 9.

de que, quando as deliberações majoritárias forem ilegítimas ou inconstitucionais, estes terão de atuar de modo contramajoritário – a favor da democracia⁹⁷.

A última crítica ao ativismo judicial diz respeito aos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário. Barroso relembra que é dever dos três Poderes interpretar e promover os fins previstos na Constituição Federal. Destaca que, em casos de divergência na interpretação das normas jurídicas, apesar de o Judiciário ser o detentor da palavra final no arranjo institucional vigente, nem todas as matérias devem ser decididas em um tribunal⁹⁸.

Sobre essa questão, dois pontos devem ser levados em consideração: (i) em matérias de grande complexidade, por falta de informação técnica ou conhecimento específico, o juiz pode não ser o mais habilitado a decidir; e (ii) determinadas decisões judiciais podem gerar efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados para a sociedade⁹⁹.

Nas palavras de Barroso:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça¹⁰⁰. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas.¹⁰¹

Para o autor, quando o tema em questão for de alta complexidade, o Judiciário deverá analisar se algum dos outros Poderes não seria mais qualificado para decidir. Nesses casos, a posição dos juízes deve ser a de deferência para com as avaliações feitas pela instância especializada, desde que razoáveis e legítimas. Por outro lado, se houver alguma omissão inconstitucional, o Judiciário poderá intervir para saná-la¹⁰².

Barroso entende que *“o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.”*¹⁰³.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 10.

⁹⁸ Idem, p. 10.

⁹⁹ Idem, p. 10.

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, Revista de Direito do Estado 3:17, 2006, p. 34.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 11.

¹⁰² Idem, p. 11.

¹⁰³ Idem p. 12.

Em suma, para Matheus Casimiro Gomes Serafim e George Marmelstein Lima, as três grandes objeções feitas ao protagonismo exercido pelo Poder Judiciário são: (i) a incapacidade técnica dos juízes para intervir no âmbito das políticas públicas; (ii) a ameaça ao princípio da separação dos Poderes; e (iii) a possibilidade de um efeito *backlash*, “*tendo em vista uma intervenção indesejada e a reação política e social daí decorrente*”¹⁰⁴.

Este último – a saber, o fenômeno *backlash* – pode ser compreendido como uma reação adversa à determinada atuação judicial não desejada. Em outras palavras, é um “*contra-ataque*” político e social ao resultado de uma deliberação judicial, possibilitando o surgimento de uma mobilização organizada com vistas a alterar o entendimento firmado¹⁰⁵.

Passa-se, agora, à breve análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, com vistas a identificar se prevalece, nessa decisão, uma postura de supremacia por parte do Poder Judiciário, ou se é possível identificar um diálogo efetivo entre os Poderes.

2.3 Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347

A ADPF n. 347 foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) com o objetivo principal de que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro, com vistas a reparar o quadro de violações generalizadas de direitos fundamentais dos presos.

Sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, Carlos Alexandre de Oliveira Campos aponta alguns pressupostos essenciais para o seu reconhecimento: (i) a violação massiva e generalizada a direitos fundamentais, que afeta um número elevado e indeterminado de pessoas; (ii) a omissão reiterada e persistente no cumprimento de obrigações de defesa e promoção dos direitos humanos, que representaria uma falha

¹⁰⁴ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 4.

¹⁰⁵ MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisidicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em 5 de maio de 2022.

estrutural no funcionamento do Estado; e (iii) a necessidade de medidas simultâneas promovidas por diversos órgãos para a superação da inconstitucionalidade¹⁰⁶.

Em sua petição inicial, o PSOL alegou, em síntese, que as sistemáticas privações dos direitos fundamentais dos presos, decorrentes da superlotação das penitenciárias nacionais, resultaram na violação (i) do princípio da dignidade da pessoa humana, (ii) da vedação à tortura e ao tratamento desumano; (iii) do direito de acesso à Justiça; (iv) do direito à saúde; (v) do direito à educação; (vi) do direito ao trabalho; e (vii) do direito à segurança.

Ao apreciar os pedidos de medida cautelar formulados pelo Partido, o Ministro Relator Marco Aurélio consignou, em seu voto, a falência do sistema prisional, marcada por violações massivas e evidentes à dignidade e a outros direitos fundamentais dos presos.

Nesse sentido, o Ministro Relator argumentou sobre a importância da atuação do STF para a superação desse quadro:

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.¹⁰⁷

De acordo com o Relator, no caso concreto das penitenciárias brasileiras, foi possível identificar problemas tanto na formulação e implementação de políticas públicas, quanto na interpretação da Lei de Execução Penal.

Nesse cenário, o STF declarou o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário nacional, e deferiu a medida cautelar pleiteada pelo PSOL em relação a três pontos, determinando (i) a realização de audiências de custódia, em até 90 dias; (ii) que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional; e (iii)

¹⁰⁶ CAMPOS, Carlos de Alexandre de Oliveira. JOTAMundo: Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em 7 de maio de 2022.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 7 de maio de 2022.

que a União e os Estados encaminhassem à Corte relatórios com informações sobre a situação prisional.

Nesse ponto, importante registrar que a atuação do STF, na ADPF n. 347, foi alvo de objeções por alguns estudiosos. Isso porque, de acordo com George Marmelstein Lima e Matheus Casimiro Gomes Serafim, ficou evidente o risco de o Judiciário se transformar em uma instância revisora do Executivo, podendo alterar os planos formulados “*com quaisquer medidas que, em seu entender, sejam necessárias, podendo ignorar até as análises técnicas desenvolvidas pelos órgãos administrativos competentes*”¹⁰⁸.

Para os autores, apesar de o Ministro Marco Aurélio ter feito clara menção ao conceito de demanda estrutural – a qual será abordada no próximo capítulo –, seguiu uma linha mais “*injuncional*”¹⁰⁹, tendo determinado obrigações a vários órgãos públicos, como por exemplo que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e fosse proibida de realizar novos contingenciamentos¹¹⁰.

Nesse ponto, Lenio Streck tece críticas acerca da interferência do Poder Judiciário na administração do mencionado Fundo. O autor pontua que foi o Poder Legislativo que estabeleceu as exigências para o uso republicano e a destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional, e não o Poder Judiciário¹¹¹.

Em igual sentido, José Ribas Vieira e Rafael Bezerra entendem que a forma como o instituto do ECI foi adotado no Brasil, “*sem considerar a premente necessidade de promover um redesenho institucional, acaba por esvaziá-lo*”¹¹².

Conforme sustenta Breno Baía Magalhães:

¹⁰⁸ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 11.

¹⁰⁹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 11.

¹¹⁰ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186), p. 19-20. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 4 de maio de 2022.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo [on-li-ne]. Revista Consultor Jurídico, 24 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em 5 de maio de 2022.

¹¹² VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 203-223, p. 221.

Do ponto de vista dogmático, não é tarefa simples explicar a inserção do ECI no direito constitucional brasileiro. A decisão do STF na ADPF 347 é inconsistente na caracterização dos pressupostos que justificariam a declaração de um ECI, as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático de coisas por meio do Direito é posta em dúvida.¹¹³

George Marmelstein e Matheus Casimiro explicam que a maioria das críticas destinadas à atuação do STF no reconhecimento do ECI se deram em razão de a Suprema Corte Brasileira não ter adotado técnicas mais dialógicas com os demais Poderes, como as utilizadas pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), as quais visassem reforçar as responsabilidades de cada órgão estatal, e não as substituir¹¹⁴.

Os autores pontuam que a CCC, ao desenvolver o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, ao invés de impor medidas concretas e estabelecer obrigações a serem cumpridas, costuma ratificar as competências dos demais Poderes, “*exercendo muito mais uma função de articulação, coordenação e desbloqueio de entraves burocráticos do que jurisdicional*”¹¹⁵.

A partir da análise da ADPF n. 347, portanto, é possível perceber que o STF, ao decidir e impor soluções a serem adotadas pelos demais Poderes, ainda não adotou um modelo tão dialógico de demanda estrutural. É importante ressaltar, todavia, que já é possível identificar algumas sinalizações, ainda que incipientes, no sentido de se tentar buscar estabelecer um diálogo com os diferentes órgãos estatais e com a população afetada¹¹⁶.

Diante do exposto, verifica-se que o Judiciário enfrenta uma situação complexa. Se por um lado, ao intervir na seara administrativa para suprir omissões inconstitucionais, pode acabar violando o princípio da separação dos Poderes, por outro, pode esvaziar todo o conteúdo normativo dos direitos socioeconômicos ao adotar uma

¹¹³ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. Revista Direito GV, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 1-37, 2019, p. 31-32.

¹¹⁴ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 12.

¹¹⁵ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 12.

¹¹⁶ Idem, p. 12.

postura deferente aos demais Poderes, sob pena de violar a supremacia da Constituição e a inafastabilidade da tutela jurisdicional¹¹⁷.

Nesse contexto, Matheus Casimiro e George Marmelstein destacam a necessidade de se buscar alternativas mais dialógicas ao modelo estrutural conduzido pelo STF, “*de tal forma que o Judiciário possa promover a efetivação dos direitos socioeconômicos, sem tomar para si a função de elaborar as políticas públicas exigidas pelo caso concreto*”¹¹⁸.

Dessa forma, passa-se a um dos principais objetivos deste trabalho, qual seja o de apresentar um arranjo mais dialógico entre os Poderes – aqui denominado de ativismo constitucional – enquanto possível alternativa ao ativismo judicial.

¹¹⁷ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 5.

¹¹⁸ Idem, p. 13.

3. O ATIVISMO CONSTITUCIONAL COMO POSSÍVEL ALTERNATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL

Conforme ensina Christine Peter, “*o ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição*”. Em outras palavras, é o conjunto de ações que buscam concretizar as normas constitucionais, seja pelo administrador público, pelo legislador ou pelo juiz ¹¹⁹.

Para Carlos Ayres Britto, “*o ativismo no Brasil é o da Constituição, e não, dos juízes!*”¹²⁰. Nesse ponto, Christine Peter assevera que, no contexto do Estado Constitucional, não há como evitar as práticas ativistas por parte dos Poderes, já que essas são inerentes ao próprio exercício de poder reconhecido pela Constituição, qual seja o de garantir a concretização das normas ali previstas¹²¹.

Nesse contexto, a autora apresenta o ativismo constitucional como alternativa ao debate do ativismo judicial, a partir de três perspectivas: a da razão ativista (ativismo constitucional ideológico); a da postura ativista (ativismo constitucional teórico); e a da atitude ativista (ativismo constitucional metodológico)¹²².

A partir da perspectiva ideológica, o ativismo constitucional traduz-se pelo comprometimento de todos os Poderes com a concretização das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais. Assim, as decisões dos ativistas constitucionais – sejam juízes, legisladores ou administradores – devem, obrigatoriamente, estar fundamentadas no dever de efetivação de tais direitos¹²³.

Christine Peter frisa que o comprometimento com a concretização dos direitos fundamentais depende da vontade de realização da própria Constituição, a remontar a ideia de Konrad Hesse de “*vontade de constituição*”¹²⁴.

O ativismo constitucional ideológico comporta a ideia da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, de modo que as decisões de todos os órgãos judiciais,

¹¹⁹ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 20.

¹²⁰ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981

¹²¹ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 21.

¹²² *Idem*, p. 21.

¹²³ *Idem*, p. 21.

¹²⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1998.

legislativos e executivos devem estar em consonância com os valores constitucionalizados¹²⁵.

Já no plano teórico, o ativismo constitucional é fundado na ideia do neoconstitucionalismo, entendido aqui como uma releitura do constitucionalismo, a partir de uma perspectiva mais humanista. Em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser vista como métrica hermenêutica para o intérprete garantidor de direitos fundamentais¹²⁶.

De acordo com Christine Peter, o neoconstitucionalismo oferece sustentação ao ativismo constitucional no plano teórico. A autora esclarece, contudo, que não se busca um rompimento com a teoria normativa da Constituição, mas um “*deslocamento da teoria da norma como regra para a teoria da norma como princípio*”¹²⁷.

Nesse cenário, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser legitimamente invocado como fundamento jurídico-constitucional para fazer ser cumprido determinado direito fundamental eventualmente violado. Sobre essa questão, embora se reconheça a crítica feita à invocação indiscriminada do princípio da dignidade humana, não se pode negar a sua importância para o ordenamento jurídico-constitucional contemporâneo¹²⁸.

Nas palavras de Peter:

O que tem assombrado os constitucionalistas e críticos do princípio da dignidade humana pode ter mais vinculação com o receio quanto aos riscos do ativismo judicial — e conseqüentemente o poder que se acabou por conceder ao poder judiciário de reconhecer e até de criar direitos fundamentais — do que com a concretização do princípio em si. Ao propor um giro na reflexão sobre ativismo judicial para uma reflexão sobre ativismo constitucional, pretende-se evitar os excessos da maléfica concentração de poder na figura dos juízes.¹²⁹

A autora sustenta que o ativismo constitucional, no âmbito teórico, fornece suporte para combater o problema da concentração de poderes apenas na figura do Judiciário, que acaba por produzir decisões ilegítimas. Isso porque a corrente neoconstitucionalista, defendida pelo ativismo constitucional, “*não supera o aspecto*

¹²⁵ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 22.

¹²⁶ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 23.

¹²⁷ Idem, p. 25.

¹²⁸ Idem, p. 24.

¹²⁹ Idem, p. 24.

normativo do positivismo, porque com ele compartilha a premissa de que direito é norma”¹³⁰.

Em outras palavras, nem o Judiciário, nem o Legislativo e nem o Executivo podem negar os comandos legais sem o crivo do devido processo legal substantivo, isto é, sem atender aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade. Busca-se, portanto, impedir arbitrariedades e ilegalidades por parte dos Poderes¹³¹.

Em suma, entende-se que o ativismo constitucional teórico pressupõe uma postura do jurista de comprometimento com a (i) teoria normativa dos princípios fundamentais e com a (ii) dinâmica interdependente da função concretizadora das normas constitucionais, o que significa dizer que todos os Poderes devem atuar de forma conjunta e harmônica para efetivar os preceitos constitucionais¹³².

No plano metodológico, o ativismo constitucional pressupõe que a tarefa metódica de concretização dos direitos fundamentais deve estar estritamente ligada ao devido processo legal substantivo, isto é, deve atender aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade¹³³.

Diz-se isso porque toda atitude de efetivar os direitos fundamentais implica um raciocínio metódico que envolve, em alguma medida, restrições, concorrências ou colisões desses direitos¹³⁴. Christine Peter destaca que, diante de tais conflitos, o mais adequado a se fazer é um juízo de ponderação de valores para definir qual é o direito fundamental que deve sofrer restrição em detrimento de outro¹³⁵.

Nesse contexto, a atitude metódica de concretização dos direitos fundamentais pressupõe uma decisão fundamentada e convincente por parte dos agentes estatais. Isso porque nenhum dos Poderes pode assumir uma posição institucional monológica e nem decidir arbitrariamente com base nas suas próprias razões¹³⁶.

Em suma, de acordo com as lições de Christine Peter, entende-se que não pode haver monopólio de nenhum dos Poderes quanto à concretização da Constituição, sobretudo dos direitos fundamentais, de modo que o ativismo constitucional pressupõe

¹³⁰ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 24.

¹³¹ *Idem*, p. 24.

¹³² *Idem*, p. 25.

¹³³ *Idem*, p. 25.

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1268-1284.

¹³⁵ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 26.

¹³⁶ *Idem*, p. 27.

*“uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária também entre estes e a sociedade civil organizada)”*¹³⁷.

Passa-se, a partir dessas premissas conceituais, à análise de dois instrumentos dialógicos que serão aqui apresentados como possíveis caminhos para a implementação do ativismo constitucional no Brasil: a teoria dos diálogos institucionais e o compromisso significativo.

3.1 Teoria dos diálogos institucionais

De acordo com Marcus Lopes, o diálogo institucional consiste na existência de uma interação entre Cortes Constitucionais e Parlamento na tarefa de interpretar e dar sentido à Constituição¹³⁸. Tal mecanismo permite a cooperação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo *“para fins de resolução de controvérsias legais e provedoria de direitos e garantias fundamentais”*, de maneira que não haja a supremacia decisória de uma instituição em detrimento de outra¹³⁹.

Conforme expõe Lopes, a teoria dos diálogos institucionais trabalha a ideia de cooperação entre os agentes estatais em vez do isolamento institucional, o que implica na efetivação do próprio princípio democrático da harmonia entre os Poderes¹⁴⁰.

Sobre a possibilidade de articulação recíproca entre as instituições, Jeremy Waldron argumenta que a mudança de paradigma de um monólogo judicial para um diálogo institucional atenua, se não suprime, o conflito entre a tomada de decisão democrática e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do Judiciário¹⁴¹.

Em que pese a circunstância de o modelo jurídico brasileiro vigente conferir ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição (CF, art. 102)¹⁴², há

¹³⁷ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 27.

¹³⁸ LOPES, Marcus. *Diálogos Institucionais: o que é, como funciona e como pode ser implantado no Brasil: legitimidade democrática e controle de constitucionalidade sem a última palavra*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 56.

¹³⁹ DIAS JUNIOR, Etéocles Brito Mendonça. *Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional*. Orientador: Prof. José Ribas Vieira. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: PUC, 2012, p. 17. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.pucRio.br/20968/20968_5.PDF. Acesso em 1º de maio de 2022.

¹⁴⁰ LOPES, Marcus. *Diálogos Institucionais: o que é, como funciona e como pode ser implantado no Brasil: legitimidade democrática e controle de constitucionalidade sem a última palavra*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 57.

¹⁴¹ WALDRON, Jeremy. *A right-based critique of constitutional rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

¹⁴² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”

algumas previsões normativas e jurisprudenciais que possibilitam o diálogo institucional e social no exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário¹⁴³. Destacam-se, nesse ponto, a figura do *amicus curiae*, da audiência pública e do apelo ao legislador.

Godoy explica que o STF vem se utilizando dos mecanismos do *amicus curiae* e da audiência pública para se abrir a um diálogo com instituições ou entidades representativas da sociedade antes de tomar suas decisões¹⁴⁴.

Já o apelo ao legislador é uma construção jurisprudencial utilizada em situações em que a Suprema Corte entende “*que a situação jurídica não se tornou ‘ainda’ inconstitucional e exorta o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou adequação dessa ‘situação ainda constitucional’ (appellentscheidungen)*”¹⁴⁵.

Canotilho explica que “*nas decisões apelativas, o Tribunal considera que uma lei ou uma situação jurídica ainda não é inconstitucional, mas faz um apelo ao legislador no sentido de melhorar ou alterar a lei no sentido de evitar o trânsito para a inconstitucionalidade*”¹⁴⁶.

Em síntese, compreende-se que os diálogos podem e devem ser estimulados para que os Poderes interajam entre si, com as instituições e com a sociedade, todos atuando em conjunto, na medida de suas *expertises*, para a melhor interpretação e aplicação da Constituição¹⁴⁷.

Entende-se, pois, que o papel de guarda das normas constitucionais exercido pela Suprema Corte pode ser repensado a partir da teoria dos diálogos institucionais. Isto é, em vez de se compreender o STF como detentor absoluto da palavra final, a

¹⁴³ LOPES, Marcus. Diálogos Institucionais: o que é, como funciona e como pode ser implantado no Brasil: legitimidade democrática e controle de constitucionalidade sem a última palavra. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 91.

¹⁴⁴ GODOY, Miguel Gualano de. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? Revista da Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 157, set./dez., 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/42513/26943>. Acesso em: 17 out. 2018.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador: *apellentscheidung*: na *práxis* da Corte Constitucional Federal Alemã. Arquivos do Ministério da Justiça, v. 25, n. 179, p. 81-111, 1992, p. 474

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.018.

¹⁴⁷ BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. Brooklyn Law Review, [New York], v. 71, n. 3, 2006, p. 1175. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>. Acesso em 30 de abril de 2022.

premissa dialógica permite compreendê-lo mais como um ator – sempre fundamental – , mas não soberano ou exclusivo na interpretação do texto constitucional¹⁴⁸.

Segundo Peter Haberle:

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la.¹⁴⁹

É importante ressaltar que o próprio STF vem debatendo sobre a existência de um diálogo institucional, reconhecendo, inclusive, não haver uma instituição detentora do monopólio da interpretação constitucional. Confirma-se importante trecho do julgamento da ADI 5.105¹⁵⁰, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgada em 01/10/2015:

O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República.

Veja-se outra passagem interessante do voto do Relator:

Na verdade, a interpretação dada pela Corte fornece o *input* para que sejam reiniciadas as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil, razão por que deve ser compreendida como última palavra provisória. Insta ressaltar que a opção por reconhecer que dinâmica interinstitucional se funda em premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, e não de monopólio e arrogância, afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando, bem por isso, o indesejado fetichismo institucional, já denunciado por Roberto Mangabeira Unger (MANGABEIRA UNGER, Roberto. *Democracy realized: the Progressive Alternative*. New York: Verso, 1998, p. 25).

Depreende-se do julgado acima, portanto, que essa atuação dialógica entre os Poderes e a sociedade, além de ser crucial para a concretização dos direitos fundamentais, possui papel importante no próprio aprimoramento das instituições

¹⁴⁸ GODOY, Miguel Gualano; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022, p. 5-6. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117. Acesso em 29 de abril de 2022.

¹⁴⁹ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13

¹⁵⁰ ADI 5105, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015.

democráticas, tendo em vista que engaja todos os atores nas deliberações e decisões públicas.

Para efeitos práticos, foi possível observar claro exemplo de diálogo institucional na recentíssima decisão proferida pelo STF, em 05/05/2022, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.148, movida pelo Procurador-Geral da República em face da Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) n. 491/2018, referente à qualidade do ar. Na oportunidade, o Tribunal Pleno declarou ser ainda constitucional a referida resolução, mas fixou o prazo de 24 meses para a edição de uma nova resolução que atendesse a alguns requisitos. Confira-se os termos da determinação:

(...) (a) A partir da análise das teses trazidas na inicial, em cotejo com a jurisprudência desta Corte, declarou ser ainda constitucional a Resolução CONAMA 491/2018; (b) Não obstante, em que pese não haver vício de inconstitucionalidade, determinou que, no prazo de vinte e quatro meses a contar da publicação do presente acórdão, o CONAMA edite nova resolução sobre a matéria, a qual deverá levar em consideração: (i) as atuais orientações da Organização Mundial da Saúde sobre os padrões adequados da qualidade do ar; (ii) a realidade nacional e as peculiaridades locais; bem como (iii) os primados da livre iniciativa, do desenvolvimento social, da redução da pobreza e da promoção da saúde pública; (c) Por fim, decorrido o prazo de vinte e quatro meses acima concedido, sem a edição de novo ato que represente avanço material na política pública relacionada à qualidade do ar, passarão a vigorar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde enquanto perdurar a omissão administrativa na edição da nova Resolução.¹⁵¹

Da análise da mencionada decisão, evidencia-se o diálogo estabelecido entre os Poderes Judiciário e Executivo, aproximando-se, inclusive, à lógica utilizada no apelo ao legislador, em que é concedido determinado prazo para que o Poder competente – no caso, o Executivo em sua atuação normativa – resolva a situação jurídica, a fim de evitar a futura declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Judiciário.

Para além das possibilidades normativas e jurisprudenciais apresentadas, é preciso que o diálogo institucional e social seja levado a sério na prática. Isto é, as contribuições feitas pelos diversos agentes devem ser efetivamente consideradas no debate, seja para acatá-las ou refutá-las. De acordo com Gargarella, o diálogo somente é possível se os ministros se engajarem na troca de razões com os diferentes atores e abandonarem a postura de superioridade interpretativa¹⁵².

¹⁵¹ ADI 6148, Relatora Min Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2022.

¹⁵² GARGARELLA, Roberto. *Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights*. In: ALVIAR GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (ed.). *Social and economic rights in theory and practice: a critical inquiries*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2015. p. 105-120. (*Routledge Research in Human Rights Law*).

Entende-se que a admissão de *amici curiae* ou a realização de audiências públicas podem ser muito úteis para o diálogo institucional, desde que haja uma interação real entre os ministros e os participantes, em que os argumentos apresentados sejam de fato debatidos. Caso contrário, esses procedimentos “*tornam-se mera instância protocolar ou quando muito informativa*”¹⁵³.

Passa-se, agora, a analisar outro possível instrumento dialógico para a concretização de direitos fundamentais.

3.2 Compromisso significativo

Para que se compreenda a figura do compromisso significativo – modelo de sentença estrutural participativa desenvolvido pela Corte Constitucional da África do Sul –, antes é preciso entender o que são os chamados processos ou demandas estruturais¹⁵⁴

De acordo com Matheus Casimiro Gomes Serafim e George Marmelstein Lima, os litígios estruturais surgem “*quando grupos sociais afetados pela inércia estatal buscam a intervenção judicial para alcançar políticas públicas necessárias à proteção dos seus direitos, visando a solução do problema de fundo e não apenas a correção individual da situação*”¹⁵⁵.

Em outras palavras, as demandas estruturais buscam superar uma violação sistemática de direitos fundamentais de determinado segmento da sociedade, como por exemplo a situação do sistema penitenciário brasileiro enfrentada na ADPF n. 347.

Tais processos estruturais apresentam um alto nível de complexidade, de modo que o Poder Judiciário acaba por exercer função de destaque em sua condução, atraindo para si as mais diversas críticas¹⁵⁶, aspectos já trabalhados no tópico do ativismo judicial.

O compromisso significativo (*Meaningful Engagement*) surge, então, como uma técnica processual desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul, por

¹⁵³ GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022, p. 6. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117. Acesso em 28 de abril de 2022.

¹⁵⁴ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 6.

¹⁵⁵ Idem, p. 6.

¹⁵⁶ Idem, p. 4.

meio da qual se busca estabelecer um diálogo maior entre entes, órgãos estatais e sociedade, a fim de encontrar soluções eficientes para os mencionados casos de privação de direitos de determinado grupo de pessoas, sem que para isso haja uma hipertrofia do Judiciário sobre os demais Poderes¹⁵⁷.

O processo de desenvolvimento do mencionado instrumento processual foi marcado pelo julgamento de três importantes casos: *Grootboom* (2000), *Olivia Road* (2007) e *Joe Slovo* (2009)¹⁵⁸.

Inicialmente, o caso *Gootboom* versou sobre determinada comunidade de pessoas que foi expulsa de uma propriedade privada, e se instalou em alojamentos improvisados e precários. O caso foi levado à Corte Constitucional da África do Sul, a qual determinou que o Poder Público deveria implementar, conforme os recursos disponíveis, um programa destinado a efetivar o direito ao acesso à moradia adequada daqueles que estavam vivendo em condições deploráveis¹⁵⁹.

No caso *Olivia Road*, a Cidade de Johannesburgo solicitou autorização judicial para despejar mais de 400 ocupantes de prédios que seriam reestruturados por questões de segurança e saúde pública. Na ocasião, a Corte determinou que a cidade e os moradores desabrigados estabelecessem entre si um compromisso significativo para (i) resolver, em conjunto, os conflitos postos à luz dos valores da Constituição e (ii) reportar a ela os resultados do diálogo¹⁶⁰.

O caso *Joe Slovo* tratou sobre projeto de reestruturação de residências periféricas na cidade de Cape Town. Em suma, a Corte sul-africana determinou que a cidade e a comunidade afetada pelo projeto realizassem um acordo para decidir a melhor forma de implementar o programa de realocação dos moradores no período de transição.

¹⁵⁷ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021.

¹⁵⁸ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186), p. 29. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 4 de maio de 2022.

¹⁵⁹ WESSON, Murray. *Grootboom and Reassessing: Beyond the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court*. *South African Journal On Human Rights*, [s.l.], v. 20, n. 2, p. 284-308, jan. 2004.

¹⁶⁰ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 18.

Na oportunidade, a Corte (i) fixou parâmetros para guiar as negociações entre as partes e (ii) exigiu que estas reportassem a ela o andamento e os resultados do diálogo¹⁶¹.

A partir da análise dos casos, verifica-se que a Corte Constitucional da África do Sul inovou ao reconhecer o direito fundamental à moradia dos litigantes sem, contudo, interferir diretamente no âmbito de elaboração e execução das políticas públicas. Ainda que os julgamentos tenham demandado graus distintos de fiscalização por parte do Judiciário, os resultados dos acordos firmados entre diferentes atores do Estado e da sociedade civil foram satisfatórios¹⁶².

Conforme assevera David Wilson de Abreu Pardo, a grande vantagem do compromisso significativo firmado no âmbito de decisões judiciais que direcionam a priorização de políticas públicas é a construção de uma solução dialógica e mais democrática entre o Poder Públicos e os cidadãos, sob o controle do Poder Judiciário. Veja-se:

O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação e a política democrática. De outro lado, a organização financeira do Estado é mais bem respeitada, pois há oportunidade para as próprias partes detalharem a forma de implementação de direitos, modulando-a de acordo com os recursos disponíveis. O controle imediato do orçamento permanece com a administração pública, ainda que sob a ordem judicial de atendimento aos direitos. A ideia é que o Estado deve se comprometer significativamente com a situação em que há violação dos direitos, por meio de iniciativas e políticas para uma solução razoável e tempestiva, antes de receber veredito judicial substantivo. **A alternativa à intervenção judicial em políticas públicas é o jogo interativo mais rico e complexo, não a imunidade total da Administração Pública, nem a prevalência absoluta dos juízes. O compromisso significativo bem podia ser testado como novo padrão positivo de relacionamento entre os tribunais e os demais poderes no Brasil.**¹⁶³

Em suma, o compromisso significativo é um procedimento direcionado pelo Judiciário, de constante intercâmbio entre órgãos do Estado e comunidades afetadas pela não efetivação de dado direito fundamental, em que os atores envolvidos tentam firmar

¹⁶¹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 22-25.

¹⁶² VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186), p. 29. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 4 de maio de 2022.

¹⁶³ PARDO, David. Compromisso significativo. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14/09/2015, grifo nosso.

um acordo para a formulação de programas socioeconômicos aptos a solucionarem o conflito ¹⁶⁴.

Nas palavras de Vieira Junior, este é um interessante mecanismo democrático, pois, ao mesmo tempo em que preserva a competência precípua dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração e implementação de políticas públicas, também garante o caráter fiscalizador do Poder Judiciário, já que este, ao identificar falha no atendimento de determinado preceito fundamental, pode determinar a interlocução entre a Administração Pública e a comunidade interessada, com vistas a solucionar o conflito, sem precisar intervir diretamente na seara administrativa¹⁶⁵.

Importe mencionar que já houve, no Brasil, tentativa de disciplinar o compromisso significativo no ordenamento jurídico. Em 2015, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 736¹⁶⁶, que propôs a fixação de balizas objetivas para a atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, além de dispor sobre o Estado de Coisas Inconstitucional e o Compromisso Significativo.

Na justificação do PLS, o Senador Antônio Carlos Valadares sustentou que as medidas propostas não interfeririam na atuação finalística do STF, pois apenas fixariam balizas essenciais ao bom desempenho de seu papel de guarda da Constituição, ao mesmo tempo em que preservariam os princípios da independência e harmonia dos Poderes e da soberania popular¹⁶⁷.

De acordo com Vieira Junior, é possível perceber que o objetivo principal da iniciativa parlamentar era buscar a concretização de dado direito fundamental sonogado a partir da construção de uma solução pactuada entre a Administração Pública e a população afetada, com diretrizes fixadas pelo Poder Judiciário¹⁶⁸.

Desse modo, conforme bem apontam George Marmelstein e Matheus Casimiro, o Compromisso Significativo – modelo de sentença estrutural participativa –

¹⁶⁴ CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. *Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing*. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010, p. 10-11.

¹⁶⁵ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186), p. 30. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 4 de maio de 2022.

¹⁶⁶ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>

¹⁶⁷ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>, p.8.

¹⁶⁸ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 4 de maio de 2022.

contribui significativamente para a tarefa constitucional de concretização dos direitos fundamentais, uma vez que (i) se adequa ao princípio da harmonia entre os poderes; (ii) respeita a capacidade técnica do Executivo na formulação de políticas públicas; e (iii) promove o engajamento tanto do Estado, como da população afetada, com a solução do conflito¹⁶⁹.

¹⁶⁹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 30.

CONCLUSÃO

Pretendemos demonstrar neste estudo que o Estado Constitucional é marcado por três grandes características, quais sejam a supremacia da Constituição, a concepção jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a interdependência entre as funções de poder.

Nesse contexto, o princípio da separação dos Poderes ganhou nova dinâmica, uma vez que não mais pode ser visto como uma divisão absoluta entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, mas como uma relação harmônica, na qual todos possuem o dever de concretizar as normas constitucionais.

Evidenciou-se, todavia, que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, vem desempenhando papel de destaque na concretização dos preceitos fundamentais, em razão de sua função precípua de guarda da Constituição. Nesse contexto, foi possível identificar que temas relevantes para a sociedade têm sido decididos no âmbito judicial, a evidenciar o fenômeno da judicialização de políticas públicas.

Foram estudadas, portanto, algumas causas que influenciaram o fenômeno da judicialização no Brasil, sendo as principais delas o processo de redemocratização marcado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a constitucionalização abrangente e analítica de direitos e o modelo de controle de constitucionalidade híbrido adotado no país.

Entende-se, pois, que a judicialização constitui-se como um fato inevitável, e não uma opção política do Poder Judiciário, já que decorre do próprio desenho institucional brasileiro. Surge, nesse ponto, a discussão acerca do ativismo judicial. Isso porque, o modo como os juízes atuam para decidir as questões postas é que vai determinar se há uma posição ativista por parte deles ou não.

O ativismo judicial por sua vez é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar o texto constitucional, com maior interferência na competência dos demais Poderes. Normalmente, é possível identificar tal fenômeno quando demandas sociais não são corretamente efetivadas pelos órgãos competentes.

Nesse cenário, foram identificadas as principais críticas relacionadas a essa conduta mais ativista por parte dos juízes: (i) oferece riscos para a legitimidade democrática; (ii) promove a indevida politização da justiça; (iii) ameaça os limites da

capacidade técnica do Judiciário; e (iv) possibilita o surgimento de um efeito *backlash* – reação política e social decorrente de uma atuação judicial indesejada –.

Ato contínuo, realizou-se uma breve análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, em que o STF declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro por identificar um quadro de violações massivas dos direitos fundamentais dos presos.

Nesse ponto, foram apontadas críticas por alguns doutrinadores quanto à atuação do STF no referido julgamento, no sentido de que a conduta adotada pela Suprema Corte, ao impor as medidas a serem adotadas pelos demais Poderes, não se mostrou tão dialógica. Todavia, concluiu-se que foi possível identificar uma tentativa, ainda que incipiente, no sentido de se buscar um diálogo com os diferentes órgãos estatais e com a população afetada.

Restou claro, portanto, a complexidade da situação que o Judiciário parece enfrentar. Se por um lado, ao interferir no âmbito de competência dos demais Poderes, pode acabar violando o princípio da separação dos Poderes, por outro, pode esvaziar o caráter normativo da Constituição ao adotar uma postura muito contida.

É nesse contexto que surge a necessidade de se buscar uma alternativa viável para tentar solucionar as problemáticas acima evidenciadas. Para tanto, apresentou-se o ativismo constitucional como possível alternativa ao ativismo judicial.

O ativismo constitucional, por sua vez, é apresentado neste trabalho como uma tarefa compartilhada entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a sociedade civil organizada, todos comprometidos com a concretização das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, foram analisados dois instrumentos dialógicos como caminhos viáveis para a implementação do ativismo constitucional no Brasil, quais sejam a teoria dos diálogos institucionais e o compromisso significativo.

O diálogo institucional consiste na atuação coordenada entre os Poderes estatais e os diversos segmentos da sociedade para a melhor interpretação da Constituição, com vistas a efetivamente concretizar os direitos fundamentais, bem como aprimorar as instituições democráticas. Entende-se, portanto, que o STF, em vez de ser considerado o detentor absoluto da palavra final, deve ser visto como um ator, sempre fundamental, na interpretação das normas constitucionais.

A figura do compromisso significativo, por sua vez, é apresentada como um modelo de sentença estrutural participativo desenvolvido pela Corte Constitucional da África do Sul, por meio da qual o Poder Judiciário busca estabelecer um diálogo maior entre os diferentes órgãos estatais e a sociedade, com vistas a chegar a uma solução compartilhada para o caso concreto de violação de direitos fundamentais, sem que para isso haja uma sobrecarga ao Judiciário.

Portanto, esse mecanismo pode ser eficiente para o aprimoramento das instituições democráticas, já que preserva o âmbito de competência dos Poderes Executivo e Legislativo na realização de políticas públicas e também garante ao Judiciário seu caráter fiscalizador.

Em suma, é importante ressaltar que não se trata de tarefa fácil, mas o presente trabalho busca contribuir para o debate acadêmico sobre o ativismo judicial no Brasil, na medida em que busca apontar caminhos mais dialógicos a serem adotados para possivelmente superar as problemáticas aqui evidenciadas.

Conforme bem pontuado por George Marmelstein Lima e Matheus Casimiro Gomes Serafim, o paradoxo entre supremacia judicial e completa deferência aos demais Poderes pode ser minimizado se for reconhecido que “*não há uma dicotomia absoluta entre o amplo e irrestrito ativismo judicial e a total deferência à atuação política*”, de modo que é possível efetivamente concretizar os direitos fundamentais, respeitando as competências constitucionais, “*sobretudo se for desenvolvido um modelo de processo estrutural mais aberto à participação comunitária e ao diálogo interinstitucional*”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021, p. 31.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado 3:17, 2006.

BARCELLOS, Logan Caldas. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial**. Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, v. 8, n.1, p. 1- 43, jan/jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado n. 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, 2010, p. 4.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, [New York], v. 71, n. 3, 2006, Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1/>. Acesso em: 30 de abril de 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. **Separação dos poderes na Constituição brasileira**. Revista de Direito Público, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

CAMPOS, Carlos de Alexandre de Oliveira. **JOTAMundo: Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em 7 de maio de 2022.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília V. 5. Número especial (2), 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS JUNIOR, Etéocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional**. Orientador: Prof. José Ribas Vieira. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: PUC, 2012. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.pucRio.br/20968/20968_5.PDF. Acesso em 1º de maio de 2022.

FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, Curitiba, 2009, p. 4. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf. Acesso em 22 de abril de 2022.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: Miguel Carbonell (org.), Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 14-17; e Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, 2005.

GARGARELLA, Roberto. *Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights*. In: ALVIAR GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (ed.). *Social and economic rights in theory and practice: a critical inquiries*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2015.

HABERLE, Peter. **Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de Constituições**, in Direito Público, v. 1, n. 55, 2014, p. 183-190. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2236/?msclkid=f9f0f374b91c11ec841dd6f4fd6dfed7>. Acesso em 29 de abril de 2022.

_____. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. **Teses do alemão Peter Häberle influenciam o Supremo**, 22 nov. 2008. Revista Eletrônica Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_alemao_peter_haberle_influenciam_supremo#:~:text=Ouvir%3A%20Teses%20do%20alem%C3%A3o%20Peter%20H%C3%A4berle%20influenciam%20o,do%20Sol%2C%20e%20o%20constitucionalista%20alem%C3%A3o%20Peter%20H%C3%A4berle. Acesso em 29 de abril de 2022.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, George Marmelstein. **A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais**. Revista Jurídica da Fa7, Fortaleza, v. 12, n. 1, p. 10-28, 2015.

_____. **Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em 5 de maio de 2022.

LOPES, Marcus. **Diálogos Institucionais: o que é, como funciona e como pode ser implantado no Brasil: legitimidade democrática e controle de constitucionalidade sem a última palavra**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos**. Revista Direito GV, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 1-37, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O apelo ao legislador: *apellentscheidung*: na prática da Corte Constitucional Federal Alemã**. Arquivos do Ministério da Justiça, v. 25, n. 179, p. 81-111, 1992.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. **A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em <http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf>. Acesso em 2 de maio de 2022.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 3, jul./dez. 2008. Disponível em: http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf. Acesso em 20 de abril de 2022.

RAUPP, Maurício S. **Ativismo Judicial. Características e Singularidades - Do voluntarismo à concretização de direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais – fragmentos de uma teoria**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. **Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil**. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro**. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v.4, p.1-27, 2010.

_____. **Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013.

_____. **Estado de Direitos Fundamentais**. Disponível em https://www.academia.edu/26200597/Estado_de_Direitos_Fundamentais?email_work_card=view-paper. Acesso em 25 de abril de 2022.

_____. **Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Laís Almeida Cavalcanti. **O compromisso significativo e a ADPF 347/DF**. 2017. 60 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo [online]. *Revista Consultor Jurídico*, 24 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em 5 de maio de 2022.

GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. **Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella**. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117. Acesso em 28 de abril de 2022.

GODOY, Miguel Gualano de. **As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?**

Revista da Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 157, set./dez., 2015. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/42513/26943>. Acesso em 5 de maio de 2022.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. 2. ed. Madri: Tecnos, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T025 e a ADPF 347/DF-MC**. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 203-223, 2016.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186), p. 29. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 4 de maio de 2022.

WALDRON, Jeremy. *A right-based critique of constitutional rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

WESSON, Murray. *Grootboom and Reassessing: Beyond the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court*. *South African Journal On Human Rights*, [s.l.], v. 20, n. 2, p. 284-308, jan. 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 2005.