

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE EXISTENCIAL SOB A ÓTICA
DA REALIDADE BRASILEIRA.**

MAYRA SILVA VIANA

Rio de Janeiro

2022

MAYRA SILVA VIANA

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE EXISTENCIAL SOB A ÓTICA
DA REALIDADE BRASILEIRA.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, sob a orientação do professor Daniel Capecchi Nunes.

Rio de Janeiro

2022

**Ficha Catalográfica (Informações da Biblioteca - CDD - obtidas junto à
Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRJ);**

MAYRA SILVA VIANA

**ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE EXISTENCIAL SOB A ÓTICA DA
REALIDADE BRASILEIRA.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, sob a orientação do professor Daniel Capecchi Nunes.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

RESUMO

O presente trabalho tem o fito de investigar os fundamentos de existência e avanço do ativismo judicial no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Para isto, considerou-se uma análise bibliográfica da doutrina como parâmetro para comprovação da hipótese levantada, qual seja a existência de três grandes fatores determinantes para o avanço de uma postura ativista. A proposta inicial é apresentar o fenômeno do ativismo judicial e suas facetas, com posterior aprofundamento no contexto social, cultural e político do Brasil no período de redemocratização e análise da influência do neoconstitucionalismo na redação do texto constitucional, além da consequente interferência do Poder Judiciário nas esferas políticas diante do desenho constitucional e institucional presente nos dias atuais. Mister salientar a consideração tecida a respeito das críticas provenientes de uma postura ativista, a partir da qual pode-se concluir pela justificação, desde que legítima e dentro dos limites da Carta Magna, de uma conduta judicial proativa, uma vez que provados os fundamentos de seu avanço e a persistência desses fatores no contexto atual e a hodierna necessidade deste método de interpretação constitucional para o fiel cumprimento da Constituição.

Palavras-Chaves: Ativismo Judicial; Constitucionalização do Direito; Direitos Fundamentais; Poder Judiciário; Constituição de 1988.

ABSTRACT

The present work aims to investigate the foundations of the existence and advancement of judicial activism in Brazil after the enactment of the 1988 constitution. For this, a bibliographic analysis of the doctrine was considered as a parameter for the verification of the raised hypothesis, namely the existence of three major determining factors for the advancement of an activist stance. The initial proposal was to present the phenomenon of judicial activism and its facets, with a subsequent deepening in the social, cultural and political context of Brazil in the period of redemocratization and analysis of the influence of neoconstitutionalism in the drafting of the constitutional text, in addition to the consequent interference of the judiciary in political spheres in the face of the constitutional and institutional design present today. It is important to highlight the consideration made regarding the criticisms arising from an activist stance, from which it can be concluded that the justification, provided that it is legitimate and within the limits of the charter, of a proactive judicial conduct, once the foundations of its progress and the persistence of these factors in the current context and the actual need of this constitutional interpretation method for the faithful fulfillment of the constitution.

Keywords: Judicial activism; Constitutionalization of Law; Fundamental Rights; Judicial Power; Constitution of 1988.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. CONCEITUAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL.....	10
1.1 História do surgimento do termo “ativismo judicial” : A experiência Norte-Americana	10
1.2 Conceito de ativismo judicial	15
1.2.1. Posicionamento adotado por esta pesquisa.	15
1.2.2. Outras conceituações.....	17
2. OS FUNDAMENTOS DE EXISTENCIA E DE AVANÇO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	21
2.1 O Estado Democrático de Direito: análise da realidade social após a promulgação da Constituição Federal de 1988	21
2.2. Influência do neoconstitucionalismo no direito brasileiro.....	29
2.3 A inércia dos Poderes Legislativo e Executivo	36
3. PERIGOS E BENEFÍCIOS DE UMA POSTURA ATIVISTA.....	44
3.1 Das críticas tecidas sobre o ativismo judicial	44
3.1.1. Problemática da tripartição de Poderes	45
3.1.2 Existência de cunho político nas decisões dos membros do STF.	48
3.1.3 Efetivação de direitos fundamentais	54
3.1.3.1 Exemplos de decisões ativistas que resguardaram os direitos fundamentais.....	55
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

No decorrer deste trabalho, buscar-se-á examinar o fenômeno do ativismo judicial, suas possíveis definições, os motivos de seu surgimento no Brasil, e suas implicações práticas, considerando para isto, os reflexos deste tema após a promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 e as demandas sociais mais recentes.

A problemática acerca do tema proposto, reside em seu campo existencial, de modo que o ponto de partida do estudo pode ser sintetizado na seguinte questão: quais os motivos ensejadores do surgimento do fenômeno do ativismo judicial no Brasil? A partir dessa proposição, outra pode ser a questão levantada, qual seja: quais as críticas e implicações práticas acerca deste fenômeno?

Destaque-se desde já, que nesta pesquisa partiremos do pressuposto de existência de uma conduta judicial ativista. Por outro lado, a hipótese que se pretende provar é que houveram fatores sociais-jurídicos, a partir da realidade social brasileira, que teriam contribuído para o surgimento e avanço do fenômeno do ativismo no Brasil.

Ressalte-se ainda que estes fatores não podem ser lidos separadamente como se um deles fosse predominante em relação ao outro, mas que conjuntamente parecem formar os fundamentos de existência de tal fenômeno. Sumariamente, três fatores avultaram-se e serão objeto de aprofundamento ao longo do texto a fim de comprovar a hipótese levantada. Vejamos.

A primeira premissa é que o plano de fundo, em outras palavras, o contexto jurídico apresentado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi basilar para o desenvolvimento da atividade jurídica, principalmente do Supremo Tribunal Federal, que intitulado como “Guardião da Constituição” ganhou maior destaque ao receber inúmeras demandas daqueles que naquele momento, viveram o período de redemocratização, o que poderia ser considerado o contexto adequado para firmar as bases da primazia do Judiciário.

Outro fator que pode ter apontado para provar a hipótese, seria a teoria do neoconstitucionalismo, que tem como característica a valorização dos princípios jurídicos sendo esses entendidos como se regra fossem, os quais devem ser aplicados com o fim de buscar

a efetivação dos valores constitucionalmente postos, principalmente daqueles elencados como direitos fundamentais. Este movimento interpretativo, pressupõe que se deposite na figura do juiz o papel de garantidor daquilo que a Constituição dita como princípio o que está ligado diretamente a uma atitude ativista, visto que essa se baseia na interpretação de princípios para se garantir a efetividade de um direito.

No mais, poderia ainda se apontar como vetor de uma atuação ativista do magistrado a inércia ou não efetividade daquilo que é atribuído como competência do Poder Legislativo e Executivo. Isto porque, haveria uma demanda social no sentido de fazer valer os direitos previstos constitucionalmente e estes Poderes incumbidos respectivamente de criar leis e executa-las estariam sendo omissos de forma que a sociedade civil enxergaria no Judiciário a única alternativa de concretização de seu direito.

A temática aqui proposta é imbuída de grande relevância social, prova disso é o enorme debate no qual se inserem grandes nomes do direito constitucional, os quais são responsáveis pela constante atualização e fomentação da discussão acerca do ativismo judicial. Trata-se de um tema bastante controverso, o qual divide opiniões no meio jurídico dado as implicações que o circundam. Assim, percebe-se seu valor no contexto do debate doutrinário que surtirá efeitos no âmbito acadêmico.

Além disso, o tema possui um viés prático e nesse sentido se insere a sua magnitude que conforme será exposto abarca toda a sociedade civil. Tendo em vista que “ativismo judicial” é um termo utilizado para definir a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário, pode-se concluir que o emprego de tal prática surte efeitos não somente para aqueles que obtiveram acesso à justiça por meio de uma demanda específica, mas também para aqueles que serão afetados reflexamente pela atuação do magistrado, com especial destaque ao poder público.

Visando provar a pressuposição, adotar-se-á o tipo de pesquisa explicativo visto que a intenção é identificar e explicar as causas do problema apontado. Para isto, será utilizado o método dedutivo tendo como meio de investigação uma pesquisa bibliográfica e documental com predominância de uma análise de livros, artigos e publicações de doutrinadores da área de direito constitucional.

Este estudo estrutura-se a partir de três seções: o primeiro capítulo traz uma conceituação de ativismo judicial, sendo esta necessária para elucidação mais precisa do tema. Em seguida, no capítulo dois, buscar-se-á identificar a validade das hipóteses levantadas, de modo a concretizar o fundamento existencial do ativismo jurídico no Brasil. E por fim, o terceiro capítulo se destina a analisar as críticas formuladas à adoção de uma postura ativista do Judiciário.

1. CONCEITUAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL

1.1 História do surgimento do termo “ativismo judicial” : A experiência Norte-Americana

Cumprir mencionar primeiramente, que o sistema jurídico adotado por alguns países de origem anglo-saxônica, em especial os Estados Unidos é o da Common Law, neste sistema o juiz naturalmente exerce um grande papel na afirmação do direito. Isto porque em regra, a jurisprudência possui um peso maior no julgamento de um caso do que a lei propriamente dita, de forma que, conseqüentemente, as decisões sejam baseadas em julgados anteriores.

Outra característica deste sistema é que os países que o adotam possuem em seu ordenamento jurídico um direito não escrito ou parcialmente escrito, de forma que suas constituições podem ser classificadas como sintéticas, ou seja, sucintas, as quais limitam-se a prever princípios e normas gerais sobre a organização do Estado, divisão de poderes e direitos fundamentais. Um exemplo claro de constituição sintética, é a dos Estados Unidos, que é a mesma desde 1787, e contém sete artigos e apenas vinte e sete emendas (ESTADOS UNIDOS, 1787).

Dessa maneira, pode-se afirmar que os juízes, principalmente aqueles pertencentes às Supremas Cortes dos países que adotam a Common Law, possuem bastante poder e autonomia no tocante à afirmação do direito diante da ausência de uma constituição analítica, como é o caso da Constituição Brasileira - que trata de temas que vão além das regras de funcionamento do Estado.

Nesse diapasão, os precedentes ganham bastante destaque de modo que a postura de uma Corte pode definir uma série de casos futuros. Insere-se neste contexto, o surgimento do termo “ativismo judicial” o qual foi atribuído a Arthur Schlesinger Jr., através da publicação do artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, publicado na revista Fortune, destinando-se este a classificar a postura dos juízes que integravam a Suprema Corte dos Estados Unidos naquela época.

Conforme citado por Oliveira e Trindade (2016, p.8), Schlesinger dividiu os juízes entre “ativistas”, “campeões da autocontenção” e “moderados” a fim de analisar a postura da Corte.

Para os autores, os ativistas seriam aqueles que detinham atitudes proativas no sentido de que houvesse a efetivação do Estado de bem-estar social. Por outro lado, os autocontidos estariam no outro polo, sendo aqueles que entendiam que o Judiciário deveria se limitar ao seu papel dentro do sistema adotado. Já os moderados, como o próprio nome diz, teriam uma linha de pensamento mediana em relação aos dois primeiros.

A expressão ganhou relevância durante os anos em que Earl Warren esteve sob a presidência da Suprema Corte Norte-Americana, visto que o contexto político-jurídico da época foi importante catalisador do surgimento de uma postura ativista do Judiciário.

Sobre isto, Barroso (2012, p.8), observou que a expressão “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos como qualificadora da atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 a 1969. Período o qual, ocorreu uma “revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais” (BARROSO, 2012, p.8).

Algumas foram as mudanças percebidas ao fim da presidência de Warren: o fim da segregação (entre brancos e negros) em escolas e ambientes públicos; a diminuição do arbítrio policial em atos contra pobres e negros; acusados em processos criminais já não podiam ser julgados sem advogado; comunistas (ou suspeitos de serem) não podiam ser expostos de maneira degradante para suas carreiras e suas vidas. (BARROSO, 2010, p.10).

Ao se aprofundar sobre o estudo das Cortes dos Estados Unidos, Barroso (op. cit. p.9) percebeu que:

Os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) integram, de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo. Sua afirmação da igualdade entre os homens e de outros direitos individuais inspirou gerações de militantes dos direitos humanos, constitucionalistas e estadistas pelo mundo afora. Essa energia imensa, que atravessou continentes, foi gerada por uma ideia tentadora: a de que uma corte de justiça progressista pode promover a revolução humanista que o processo político majoritário não é capaz de fazer. As minorias reacionárias e as maiorias acomodadas são capazes de retardar indefinidamente o processo histórico. Nessas horas, é preciso que uma vanguarda intelectual, comprometida com o avanço civilizatório e a causa da humanidade, desobstrua o caminho e dê passagem ao progresso social.

A adoção de uma postura ativista pela Suprema Corte foi portanto, marcante para a ascensão de direitos anteriormente deixados em segundo plano, ultrapassando desta maneira, a opção política dos legisladores que se encontravam inertes às demandas sociais da época, os quais prezavam pela manutenção do status quo vigente.

Aponta Barroso (2010, p.11), que embora a Corte Warren seja associada invariavelmente ao ativismo judicial, o que aconteceu numa perspectiva histórica foi a “construção de uma democracia inclusiva, por uma visão humanista dos problemas sociais e pelo avanço dos direitos civis e individuais, inclusive os não enumerados na Constituição”

O partido Republicano – conservador – adotou como estratégia para mudança deste cenário ativista a ação política do Presidente na formação dos integrantes da Suprema Corte. O projeto contrarrevolucionário teria tido início em 1968, com a mudança do presidente (eleição de Richard Nixon), no qual a prioridade passou a ser o combate ao posicionamento judicial progressista, adotando-se uma política mais conservadora. (CAMPOS, 2016, p. 94)

Tendo Nixon como presidente, Warren Burger foi nomeado o novo presidente da Suprema Corte, permanecendo na presidência de 1969 a 1986. No período da Corte Burger, Campos (2016, p. 96) observou que apesar da tentativa política do governo de criar bases conservadoras sólidas na Suprema Corte, não se poderia afirmar o fim do ativismo judicial, embora opine que esta Corte teria sido menos liberal do que a Corte Warren. Ainda para o autor, a diferença prática está no sentido de que a Corte Burger não teria adotado uma filosofia

específica de alcançar uma transformação social, mas teria praticado um ativismo pragmático, e até contingente.

Desde então, houveram sucessões de presidentes, dentre eles a Corte Rehnquist que operou de 1986 a 2005, a qual movida pelo mesmo espírito político conservador da Corte Burger utilizou-se da máxima da “consolidação de uma restrição judicial” para disfarçar o verdadeiro propósito de avançar com a plataforma Republicana, o que não teria passado de uma luta contra o ativismo (da Corte Warren) através do uso do ativismo (CAMPOS, 2016, p. 106).

Por fim, temos a Corte Roberts que está exercendo sua competência desde 2005 até os dias de hoje e demonstrou que a mudança da agenda política pode interferir nos resultados das decisões judiciais. Esta é a ideia compartilhada por Campos (2016, p. 110), conforme vemos a seguir:

Direito e Política interagiram mais uma vez e o resultado, dessa feita, foi o recuo do ativismo judicial. Certamente, não se tratou de um recuo definitivo, mas apenas de mais uma etapa do eterno embate político-ideológico em torno do binômio ativismo judicial e auto-restrição judicial da Suprema Corte em julgar casos cruciais. Nos Estados Unidos, o estado e a direção do ativismo judicial são sempre provisórios.

Não se pode dizer que deixou de existir durante o mandato dos referidos presidentes da Suprema Corte, decisões progressistas. Contudo, o que se pretende com a comparação dessas Cortes com a de Warren, é afirmar a importância que o conjunto de julgados dessa última obteve quanto a análise do tema aqui proposto - ativismo judicial - tendo em vista que durante a presidência de Warren, pode-se observar claramente uma conduta ativista dos juízes.

Vemos, portanto, que segundo o termo criado por Arthur Schlesinger Jr. e sua classificação, pode-se afirmar que tal atitude ativista foi adotada pela Suprema Corte Norte-Americana, mesmo que sob diferentes óticas.

Cabe ressaltar que a classificação dada por Schlesinger não foi aceita com unanimidade entre os doutrinadores e entusiastas do tema, isto porque teria o termo uma imprecisão terminológica. Essa foi a crítica levantada por Teixeira (2012, p.3), ao investigar o tema, vejamos:

O famoso texto de Schlesinger nasce com dois problemas que parecem ter passado despercebidos aos olhos do autor: a imprecisão terminológica da expressão em debate e a indefinição quanto a ser algo positivo ou negativo.

Podemos entender ser causa desta imprecisão o próprio conceito de “ativismo”, que pode ser definido como “efetivação dessa doutrina ou dessa argumentação, através da defesa de uma causa ou da transformação da sociedade por meio da ação e não da especulação” ou ainda como sendo “propaganda que defende os ideais de uma religião, ideologia, partido político etc.” (DICIO, 2021). Ou seja, quando falamos em ativismo judicial, não resta claro se está se referindo, por exemplo, a uma ideologia de “esquerda” ou de “direita” (progressista ou conservadora).

Ao que tudo indica, a experiência Norte-Americana quanto ao ativismo judicial teve como catalisador a escolha política governamental que pretendia ditar em certa medida os rumos da jurisprudência. Desta forma, dentro da lógica política estadunidense de grande tensão entre Republicanos e Progressistas, poderíamos classificar as Cortes Burger, Rehnquist e Roberts, como ativistas, uma vez que as decisões seriam tomadas hegemonicamente sob uma determinada ótica política, mesmo que conservadora.

Sob essa ótica do “ativismo conservador” e em razão desta contrarrevolução ocorrida – reconhecida ao fim da Corte Warren – Barroso (2012, p.8-9) apontou que “A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa”.

O sentido dado ao termo, como será melhor elucidado posteriormente, será demarcado por aquele dado pelo locutor. Assim, veremos que é possível perceber a mudança da acepção e conotação do termo a partir da interpretação pessoal do enunciador, assim como seu posicionamento político.

Apesar da complexidade que envolve a definição do termo, não se pode negar que a experiência Norte-Americana foi importante na expansão da referida locução para diferentes ordenamentos jurídicos, os quais puderam posteriormente tecer análises sobre o posicionamento de seu corpo de magistrados.

1.2 Conceito de ativismo judicial

1.2.1. Posicionamento adotado por esta pesquisa.

Passa-se neste momento, a uma análise conceitual do termo ora estudado. O delineamento da expressão se faz necessário para a melhor compreensão desta pesquisa e ainda funciona como fator determinante para a adoção de uma postura crítica acerca do tema proposto.

Apesar do longo decurso de tempo desde o surgimento da locução, ainda vemos na literatura jurídica que os doutrinadores possuem certa dificuldade em definir o termo de uma maneira uniforme, haja vista a influência de seus posicionamentos políticos e convicções pessoais acerca de tal fenômeno.

Para fins de adoção de uma postura unitária neste trabalho, a expressão “ativismo judicial” corresponderá à definição a seguir:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p.6)

O ministro citado ainda sustenta que tal postura proativa normalmente advém de um certo “descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”.

A partir deste delineamento, pode-se influir que ativismo judicial é uma atitude do Judiciário, especialmente de Cortes Supremas (no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal) que conta com a escolha de um modo proativo de interpretar a constituição, de forma a expandir o seu sentido, o que conseqüentemente pode vir a atingir a atuação dos demais Poderes.

Este fenômeno, caracteriza-se por levar aos requerentes do caso concreto, o atendimento das demandas sociais que não foram atendidas pelos demais Poderes. De modo que através de decisões das Cortes Supremas seja possível uma expansão de suas competências com o intuito de efetivar os direitos fundamentais e sociais amparados pela Constituição.

Não se pode negar a interferência do Judiciário nos outros Poderes que constituem a República Federativa do Brasil, visto que há uma transformação das temáticas de cunho político – as quais em regra deixaram de existir ou de serem aplicadas – em decisões concretas .

A manifestação da postura ativista demonstra claramente como funciona a intromissão do Judiciário nos outros Poderes legalmente constituídos. Uma primeira ação magistral que podemos destacar é 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, como por exemplo a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, análise essa que geralmente ocorre durante a própria criação da emenda pelo poder constituinte derivado, ou seja, o próprio Legislativo. (BARROSO, 2009, p. 6)

Um segundo exemplo é a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas, neste caso esbarra-se no âmbito político e organizacional do Executivo, como por exemplo os casos de distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial.

Um terceiro caso para se analisar seria a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. Nesse diapasão, temos a premissa de que a interpretação normativa nada mais é do que a identificação do real significado da norma pelo exegeta – nesse caso o juiz ou ministro – aplicando-se o fato à norma. Assim, estariam os magistrados interpretando de modo que fosse encontrado o verdadeiro sentido do texto constitucional, ainda que não estivesse positivado.

1.2.2. Outras conceituações

Não obstante a adoção de uma conceituação para fins de delimitação do tema, outros são os doutrinadores que se debruçam sobre o estudo do termo “ativismo judicial”, o que não significa uma pacificidade a respeito da temática, visto que diversos podem ser os apontamentos, críticas e considerações. Apresentaremos neste momento, algumas definições de doutrinadores quanto a temática para fins de complementação do debate.

Nessa perspectiva, há quem concorde com a definição adotada por esta pesquisa, e quem se posicione no sentido de afirmar a necessidade de intervenção da Corte diante de demandas que requeiram uma maior intromissão do Judiciário.

Assim sustentou o ministro Celso de Mello:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tomam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (MELLO,2008, p.5)

O ministro se manifesta, portanto, a favor da indispensabilidade de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário diante da omissão ou retardamento dos outros Poderes participantes da tripartição constitucional em relação à direitos constituídos constitucionalmente.

Em outra ocasião, conforme citado por Branco (2016, p.156), o Ministro Celso de Mello argumentou que o termo ativismo judicial seria uma resposta do Supremo Tribunal Federal a provocações formais da sociedade, isto porque a própria Constituição teria criado mecanismos capazes de “neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo”. Sustenta o ministro, que essa postura ativista não seria uma interferência indevida da Corte Suprema, mas que na verdade, essa estaria cumprindo a sua função, diante das demandas que são levadas à ela.

Destarte, entendeu-se pela legitimidade do Judiciário para adotar uma postura ativista diante de uma hipótese concreta. Diferente não é o entendimento de Eduardo Cambi, conforme citado por Medeiros e Nelson (2015, p.22/23), o qual acredita que a intervenção do Judiciário não é ampla e incondicionada, mas que esta estaria vinculada a uma prévia verificação de eventuais violações dos direitos humanos.

Acrescenta Cambi (op. cit) que ocorrendo uma violação à direitos positivados, o Judiciário não poderia se esquivar de tutelá-los, de maneira que estando dentro dos parâmetros estabelecidos para a argumentação jurídica e desde que devidamente motivados, o protagonismo do Judiciário restaria justificado.

O que está em jogo, por conseguinte, para Cambi, é o cumprimento do dispositivo constitucional insculpido no art. 5º, XXXV, qual seja, o princípio da inafastabilidade do Judiciário, de modo que, uma vez provocado, imperiosamente, deverá analisar o caso, o que justificaria a legitimidade de uma maior intromissão do Judiciário.

Entretanto, há doutrinadores que enxergam a concepção do termo de maneira negativa e pejorativa, deixando claro o seu descontentamento com o rumo que tomou a expansão do poder decisório do magistrado.

Nesta perspectiva, Oliveira e Trindade (2016, p. 10) trazem à tona o posicionamento de Keenan Kmiec e Ernest A. Young, observe-se:

Segundo Keenan Kmiec, entre os diversos sentidos adotados usualmente pelos juristas, o ativismo judicial vem frequentemente associado às seguintes práticas: (a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação a escolha de diretrizes políticas; (b) o afastamento dos precedentes, seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentenças aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita; (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade.

E ainda:

Outro autor que menciona as múltiplas faces do ativismo judicial é Ernest A. Young, para quem é possível identificar seis categorias de comportamentos judiciais (judicial behaviors), no sistema jurídico norte-americano, que podem ser considerados ativistas: (1) reprovando as escolhas políticas tomadas pelo Estado; (2) distorcer a interpretação jurídica da norma e/ou da história; (3) desvirtuar a interpretação do precedente judicial; (4) emitir interpretações maximalistas em detrimento das

minimalistas; (5) exercer amplos poderes de correção; (6) decidir de acordo com convicções político-partidárias.

Com base nas declarações dos doutrinadores Kmiec e Young, percebemos que a visão dos mesmos a respeito do tema pressupõe uma anomalia quanto aos fundamentos da atividade jurisdicional, podendo-se concluir, consoante os argumentos enunciados, que os tribunais estariam extrapolando os limites jurisdicionais atribuídos pelo ordenamento jurídico, principalmente pela própria constituição.

Embora os autores mencionados firmem seu posicionamento a partir de uma lógica norte-americana, fato é que, o fenômeno atualmente ultrapassa fronteiras fazendo-se presente em grande parte dos países do mundo.

Essa argumentação negativa quanto à atividade jurídica não é única dos Estados Unidos, consideremos a conclusão obtida pelo brasileiro Continentino (2012, p.5):

Diante das observações acima, vejo um relevante risco no uso, ou melhor, na manipulação do conceito, pois, no cenário brasileiro, em geral, o conceito de ativismo judicial reveste-se de conotação negativa. Em geral, aqui, os autores tomam-no por sinônimo de extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário. Precisamente nesse ponto é que reside o problema, já que o legítimo exercício das funções inerentes ao Poder Judiciário é tudo menos objeto de consenso. Normalmente, quando se acusa uma decisão judicial de ativista, esquece-se de justificar o porquê. O uso do conceito de ativismo traz consigo um ônus argumentativo, o qual – pela força semântica negativa que adquiriu – termina por ser deixado de lado, interrompendo-se o debate crítico. Em outras palavras, assistimos a uma crítica superficial e não fundamentada das decisões judiciais e, em particular, do Supremo Tribunal Federal, o que, no fundo, revela uma mera ideologização da visão de nossa prática judicial e do seu discurso crítico.

A opinião de Continentino, corrobora a ideia inicial de que não há atualmente um consenso no tocante a definição do termo. O autor vai além ao alegar que apesar de no cenário brasileiro o conceito possuir acepção negativa, o debate não é profundo de maneira a justificar o porquê de tal entendimento coletivo, apontando que o tema carece de um debate crítico.

Por outro lado, Sarmiento (2011, p.73-113) apresenta uma versão mais moderada acerca da temática. Para este doutrinador, o ativismo se justifica pelo menos em certas situações, como por exemplo para o exercício da tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia do funcionamento da democracia.

O autor acima citado, traz a ressalva de que em outros campos, seria mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, e cita como exemplo de circunstância para a adoção de tal postura o respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político. Nesse sentido, reconhece a falta de expertise do Judiciário para promover de maneira eficiente os valores constitucionais, quando o assunto demanda conhecimentos técnicos fora do Direito como Economia, políticas públicas e regulação.

O modelo defendido por Sarmiento, propõe um limite entre as matérias que são passíveis de ser objeto de uma postura ativista, de maneira que o Judiciário não ultrapasse o plano de sua expertise.

De modo descritivo, Campos (2013, p. 7886), define “ativismo judicial” a partir do contexto no qual está inserido dentro de um determinado Estado. Ao seu ver o termo diz respeito ao “exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos”.

Campos (op. cit.) sugere que este exercício deve seguir algumas prerrogativas como ser “identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais”, e ainda deve responder “aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos” e por fim, a sua manifestação deve ser realizada “por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias”.

Apesar da falta de uma unicidade conceitual acerca do tema, acredito que as diversas posições ora acareadas contribuem positivamente para a construção de um debate crítico, de modo que possa ultrapassar as barreiras meramente acadêmicas e doutrinárias e chegar à aplicação prática, quando os juízes e ministros adotariam posturas entendidas como mais justas a partir de uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e das instâncias do Legislativo e Executivo.

Por fim, a partir desse arcabouço teórico ora apresentado, podemos seguir adiante no sentido de que temos uma base no tocante ao conhecimento das premissas do tema, e ainda fixamos o apontamento e delimitação acerca da doutrina ora adotada para a conceituação do

termo “ativismo judicial”, assim como temos posições doutrinárias divergentes que serão capazes de embasar um posterior posicionamento crítico.

2. OS FUNDAMENTOS DE EXISTENCIA E DE AVANÇO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

2.1 O Estado Democrático de Direito: análise da realidade social após a promulgação da Constituição Federal de 1988

Antes da imersão no tema da promulgação da Constituição da República de 1988, cabe tecer alguns comentários sobre o contexto histórico que desembocou na elaboração da redação da atual Lei Maior do país.

Cabe num primeiro momento, destacar que o país viveu 21 (vinte e um) anos sob ditadura militar, do ano de 1964 a 1985, o que como é sabido, gravou onerosamente a população brasileira no tocante à direitos, principalmente a garantia à liberdade de expressão.

Para fins de elucidação, destaque-se a leitura de Ferrari e Pereira (2009, p.2):

O regime militar assumiu o controle político, econômico e social de 1964 a 1985; impondo os mais brutais acontecimentos sob a forma de violência, censura, repressão, exílio, prisão e diversas outras formas de coerção da sociedade. O objetivo do Estado era criar um sistema que concretizasse seu monopólio intelectual sobre a massa populacional. Mesmo que nessa complexa sociedade existiam pessoas com funções e pensamentos diferentes. Os que se opunham ao regime foram colocados para o caminho exclusivo da violência e da repressão demasiadamente utilizada pelos militares.

Neste período, os direitos fundamentais foram deliberadamente reduzidos, e na maioria das vezes, totalmente ignorados, levando muitos à tortura e até à morte. Neste contexto, houve a promulgação da Constituição de 1967, que marcou a história desta nação por legitimar o golpe de Estado que sofrera o presidente João Goulart, tornando legal o regime militar. (FERNANDES, 2015?)

O poder constituinte de 1967 garantiu que houvesse, por exemplo, a cassação e suspensão de direitos políticos pelo Poder Executivo, eleições indiretas, pena de morte para crimes contra a segurança nacional, restrição ao direito de greve, dentre outros, incorporados pelo AI-5 como o fechamento do Congresso por parte do Poder Executivo e a censura prévia aos meios de comunicação. (BRASIL, 1967)

Tal realidade já não era aceita pela população que demandava por direitos e eleições diretas, e foi através do movimento político “Diretas Já” que os cidadãos pressionaram os legisladores à aprovar a emenda constitucional que permitia a eleição direta; esta mobilização nacional influenciou grandemente o fim da ditadura, outrora já enfraquecida. (RODRIGUES, 2018?)

A Constituição de 1988 surgiu dentro deste contexto de luta pela redemocratização, foi elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte, tendo seus membros sido anteriormente eleitos de forma direta, ademais, houve intensa participação popular no processo de elaboração, sendo por isto cunhada de “Constituição cidadã”. (SAMPAIO, 2009, p. 42-46)

Dentre outros direitos, a intenção do constituinte originário era priorizar os direitos e garantias individuais inserindo-os no rol de cláusulas pétreas do art. 60 §4º da CF/88, concedeu ainda evidente destaque aos direitos sociais e reinseriu os direitos fundamentais como dever do Estado. Em suma, caracteriza-se a atual constituição vigente pelo seu extenso catálogo de direitos fundamentais e sociais, os quais são dotados de força normativa.

Nas palavras de Pires (2016, p.57), não haveria dúvidas de que a Constituição de 1998 seria a Carta Magna com mais valores em forma de princípios que o Brasil já teve. Além disso, defende o autor que esta possui como característica ser:

[...] uma das que mais instrumentos de proteção dos direitos fundamentais tivemos, a mais democrática de todas, com a experiência do voto em sua plenitude e consolidação e pleno desenvolvimento de todas as Instituições e Poderes.

Insta salientar, que a Carta Magna afirmou como critério basilar constituir-se a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito, consoante previsão de seu

art. 1º¹. A expressa afirmação no texto constitucional, trouxe aos cidadãos brasileiros uma segurança jurídica no sentido de reafirmar o fim da ditadura militar então vigente e assegurar que esta não seria mais admissível.

Cumprido destacar que o termo “Estado Democrático de Direito” se caracteriza pela exigência da regência do país através de normas democraticamente estabelecidas, normas estas elaboradas por meio dos representantes da população, tal entendimento está consolidado no parágrafo único do art. 1º da CF/88: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”* (BRASIL, 1998, art.1)

Sobre a soberania popular insculpida na constituição, expõe Silva (1988, p.20) que:

Este se funda no princípio da soberania popular, que "impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.

Pode-se concluir quanto ao termo em discussão que a inclusão deste princípio no primeiro artigo da constituição buscou mudar o cenário social até então vigente, atraindo para a população o poder de escolha – através de representantes – daquilo que seria o direito para os mesmos, uma vez que promulgada a lei esta seria de certa forma, realizada e destinada aos cidadãos.

À vista disso, parece que a intenção do legislador na configuração da República Brasileira como sendo um Estado Democrático de Direito, traz a ideia de que para além das normas democraticamente constituídas, estas sejam capazes de alcançar de forma material aqueles subordinados a ela, o que pode ser facilmente deduzido através dos outros dispositivos constitucionais como aqueles elencados nos Título I e II da CF/88, quanto aos princípios, direitos e garantias fundamentais.

Na mesma medida em que o Estado fomenta a participação pública na criação do direito, consoante previsão do texto constitucional, a população que participou do processo de

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

criação e é destinatária do direito, se vê numa posição de expectativa do cumprimento desta garantia que lhe foi dada pelo texto constitucional.

Ora, após tanto tempo sob uma ditadura militar, com extremas violações à direitos básicos, é de se imaginar, que neste lapso temporal, tenha havido uma imensa ansiedade em reverter os efeitos negativos daquele regime político.

Esta procura pela realização de um direito, pode se transformar em cobrança à Administração Pública. Cobrança essa pode se dar por exemplo, por meio de protestos, ou pela via administrativa; ou ainda, pelo acionamento do Judiciário para resolução de uma lide ou efetivação de um direito não cumprido – sendo este último fator o foco da presente pesquisa – através de remédios constitucionais.

A respeito deste aspecto, defende Barroso (2005, p.44) que houve um aumento significativo da demanda por justiça na sociedade brasileira após a promulgação da constituição de 1988. Isto se deve ao fato de ter ocorrido uma verdadeira “redescoberta da cidadania” e ainda uma “conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos”.

Além disso, o doutrinador aponta como agente de alargamento de processos judiciais o fato de ter o texto constitucional “criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual.”.

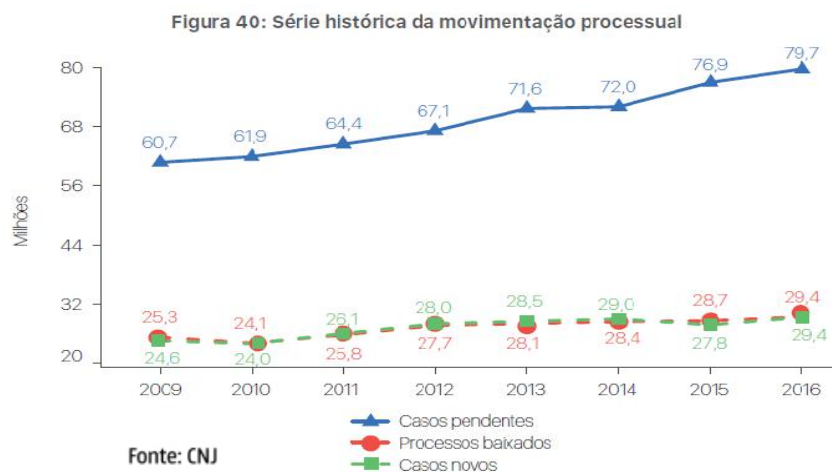
Parece que esse desejo por justiça e cumprimento da carta maior não tenha se exaurido no contexto de recém promulgação da Constituição de 1988, mas tenha se estendido até os dias atuais, tomando, evidentemente, uma nova roupagem, e talvez uma nova motivação.

O que vemos sendo frequentemente reproduzido pelas grandes mídias e através de conversas cotidianas é uma insatisfação generalizada dos cidadãos. Poderíamos conjecturar que este descontentamento social tem como uma de suas origens a falta de políticas públicas que garantam a igualdade material e ainda, a falta de efetividade dos direitos fundamentais afirmados pela Constituição, como por exemplo à saúde e a educação.

Diante da enorme lacuna quanto ao que está constitucionalmente previsto e a realidade social, não é de se surpreender que os brasileiros se socorram do Poder Judiciário numa tentativa de buscarem a efetivação do contrato social maior que está positivado e rege este país.

Sobre o exposto, Bezerra (2016, p.2) aduz que ocorreu uma explosão de litigiosidade que teria surgido concomitantemente com a Constituição de 1988, uma vez que a consagração de ampla gama de direitos teria evidenciado uma distância colossal entre a realidade das normas jurídicas e a realidade social que ainda sofria com os impactos de uma ditadura. Neste sentido, os cidadãos teriam enxergado no judiciário um meio de encurtamento da aludida distância, tornando-se, nas palavras do autor, “um instrumento de promoção da cidadania”.

A descrita “explosão de litigiosidade” pode ser comprovada através do gráfico a seguir, elaborado pelo CNJ em sua pesquisa anual “Justiça em Números no ano de 2017”:



Acredito que a realidade social narrada e a crescente procura pelo Poder Judiciário, tenham sido fatores que propiciaram o aparecimento do ativismo judicial do Brasil, de forma que servisse de fundamento ou até mesmo justificativa a adoção de determinada postura pelos magistrados. Observe-se que não se afirma que este tenha sido o fator determinante ou responsável direto pelo surgimento desta corrente, contudo, julgo que o contexto histórico e os anseios da população tenham de certa forma exigido, gradualmente, uma postura ativista do juiz.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração, é o papel imbuído ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988, em especial ao Supremo Tribunal Federal. Justifica-se essa afirmação trazendo como exemplo as transformações institucionais ocorridas com o advento da Carta Magna, como a facilitação do acesso à justiça através da previsão de criação de juizados especiais (cíveis, criminais, fazendários) e ainda à garantia de assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos por meio da Defensoria Pública.

Destaca-se ainda a atenção especial dada aos instrumentos processuais de defesa dos cidadãos como a ação popular, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa, mecanismos que acabaram por fortalecer o papel do Ministério Público como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; previsões estas expressamente dispostas na redação constitucional.

Atraindo as atenções para o papel do Supremo, cumpre mencionar que antes do marco constitucional ora adotado, tal órgão do Judiciário possuía baixo poder decisório. Nas palavras de Campos (2013, p. 7898), o Supremo Tribunal Federal era humilhado pelos ataques de executivos e presidentes autoritários, e submetido ilegitimamente à forças políticas dominantes.

Em sua pesquisa, Campos (op. cit., p. 7910) ainda menciona que até o fim da ditadura, o nosso sistema de controle de constitucionalidade foi essencialmente difuso e incidental com decisões sem eficácia geral e vinculante, cuja abrangência dependia da disposição de outras instituições e que embora tenha havido a transição para o controle concentrado e abstrato o seu acesso era restrito ao Procurador-Geral da República que se encontrava submetido a um controle político.

Percebemos, a partir desta análise anterior, uma vultuosa mudança na atribuição da Corte Suprema a partir da Constituição de 1988, mormente no tocante à competência, às espécies de instrumentos decisórios, às ações pertinentes e ao grupo de legitimados a outorgarem a sua jurisdição, o que mudou definitivamente, o modelo de controle de constitucionalidade exercido.

Para além do controle difuso a título de competência recursal, o texto constitucional conferiu ao Supremo um rol de competências originárias, que evidenciaram a nova roupagem institucional, discriminando a relevância que seria dada ao controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, o que acabou por depositar neste órgão um acúmulo de poderes de decisão em sua jurisdição.

Para fins de demonstração deste catálogo de competências podemos citar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que, em síntese, são mecanismos de verificação da constitucionalidade de uma norma, possuindo como característica de suas decisões o efeito erga omnes e a irrecorribilidade do julgado.

Ademais, é perceptível a opção do legislador constituinte pela proteção da jurisdição da própria Corte e da regulação da constituição, a partir do instituto da reclamação constitucional – a fim de garantir a autoridade de suas decisões – e do mandado de injunção, que irá reconhecer a omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

É possível concluir pela existência de uma mudança no cenário institucional jurídico, a partir do momento em que é expressamente disposto ser o Supremo Tribunal Federal, o guardião da constituição (art.102, caput). Desta forma, não se pode esperar que, tendo nossa Carta Magna uma redação analítica, os ministros do Supremo, no papel de hermeneutas da Constituição, não tenham sido correlacionados a um poder decisório concentrado em relação à outros órgãos.

Esta característica prolixa da constituição e a defesa da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais vão ser pontos fundamentais para se afirmar a existência desta concentração de poderes e o aumento do poder decisório da Corte Suprema.

O professor Vieira (2008, p.445), analisando a estruturação institucional oriunda da Constituição de 1988, denominou de “Supremocracia” o protagonismo exercido pelo Supremo

em razão da concentração de poderes em sua competência e a consequente autoridade em relação às demais instâncias do Judiciário e dos outros Poderes (Legislativo e Executivo).

Ainda na perspectiva do autor citado, os legisladores originários da Lei Maior, em virtude do contexto social e político que vigia até então – ditadura militar – encontravam-se desconfiados acerca da regência do país e por precaução, acharam por bem legislar sobre diversos assuntos.

Assim, para Vieira (op. cit.), a Constituição “transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador.”.

Este processo, chamado por alguns doutrinadores de “constitucionalização do direito” teria levado à uma explosão de litigiosidade constitucional. Ora, se a gama de matérias constitucionais é grande, o campo de liberdade política será inversamente pequeno, o que consequentemente, numa hipótese de escolha política mais arrojada, pode vir a gerar um incidente de inconstitucionalidade, que certamente desaguará no Supremo Tribunal Federal.

Para Vieira (2008, p.445), o aumento da jurisdição constitucional teria levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, havendo um verdadeiro deslocamento da Corte para o centro no nosso arranjo político.

Esta é a discussão proposta por diversos estudiosos do tema, que ao se debruçarem sobre os aspectos aqui mencionados, percebem que a previsão constitucional não teria modificado apenas a esfera do controle de constitucionalidade, mas teria revolucionado a própria construção do ordenamento jurídico e da interpretação constitucional. Assim, poderíamos entender que a partir da proeminência dada ao Supremo e pela própria característica principiológica da constituição, fosse levado à Corte Suprema a apreciação matérias de caráter abstrato que carecessem de interpretação.

Insta destacar a importância deste ponto para comprovação da hipótese de que a realidade social brasileira pós 1988 tenha levado os juízes a decidirem de maneira mais

proativa. Isto porque, a necessidade de resolução de conflitos envolvendo a efetivação de direitos constitucionais traria ao magistrado a necessidade de se imbuir do papel de intérprete para analisar a demanda que se fundamenta num direito, que embora essencial, se mostra genérico e de difícil alcance dentro de uma análise política e financeira do país.

Assim, julgo que diante da realidade social do Brasil, na qual a idealização do direito expresso na Carta Magna se difere da verdade factual, o Judiciário vem sendo acionado de maneira quase progressiva para efetivar uma disposição legal. Desta maneira, o juiz acaba por ter uma maior participação na concretização dos valores constitucionais, de modo a conferir efetividade ao direito em discussão.

Neste sentido, podemos finalizar a ideia proposta neste título sintetizando que a conscientização e a mobilização da sociedade civil acerca de seus direitos, a partir de um contexto de quase utopia da concretização total das garantias constitucionais, e o protagonismo que tem recebido o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, formaram o contexto social e jurídico perfeito para o nascimento do ativismo judicial no Brasil.

2.2. Influência do neoconstitucionalismo no direito brasileiro

Partimos para uma análise mais aprofundada da teoria que funcionou como base para o desenho constitucional formado a partir da Constituição de 1988 e que influenciou paulatinamente a forma de julgamento dos magistrados e a maneira como a doutrina e a jurisprudência se amoldaram à nova realidade.

Cumprido neste primeiro momento esclarecer que a teoria do neoconstitucionalismo surgiu de uma necessidade de ultrapassar as premissas do positivismo que vigoraram até a 2ª Guerra Mundial, de modo a conceber, consoante opinião de Medeiros e Nelson (2015, p.148), a “transposição de um Estado legislativo de direito, apegado aos formalismos do positivismo, para um Estado constitucional de direito, com aspectos pós-positivistas”.

Podemos definir “neoconstitucionalismo” como sendo uma doutrina que traz a Constituição para o centro do ordenamento jurídico, a qual é fonte de garantias e direitos fundamentais, possuindo esses princípios basilares a força normativa capaz de inspirar na

prática, a concretização da redação constitucional através da interpretação dada pelos Poderes, principalmente pelo Poder Judiciário quando do confronto com a situação fática.

Grande pensador do tema, Sarmento (2009, p.1) enumera as características desta teoria como sendo:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Trazendo um juízo de valor à definição posta, Sarmento (op. cit., p.6) aduz que o neoconstitucionalismo: “alenta um ideário humanista, que aposta na possibilidade de emancipação humana pela via jurídica, através de um uso engajado da moderna dogmática constitucional”.

Como já foi observado, a Carta Magna de 1988 se fundamentou nesta teoria, visto que na redação de seu texto priorizou valores constitucionais em aberto, estabelecendo o padrão a ser adotado pelo restante do ordenamento jurídico. Além disso, houve uma adaptação do sistema jurídico vigente desde a doutrina até a jurisprudência, de forma a conceber a força normativa atribuída aos princípios. Sem falar, é claro, do protagonismo do Judiciário, outrora comentado.

Vemos que a partir dessa transformação, o que aliás é a proposta da teoria neoconstitucionalista, é que seja possível a efetivação dos direitos fundamentais como característica principal.

É neste sentido, inclusive, que poderíamos entender o destaque do Poder Judiciário como concretizador da vontade da Lei Fundamental do Estado. Para Gervasoni e Leal (2011, p.103) mostrou-se necessário uma melhor avaliação dos métodos de aplicação do direito diante

do rumo complexo que as questões sociais vêm tomando. Além disso, para as autoras, a natureza da linguagem constitucional exigiria do magistrado uma nova hermenêutica com carga valorativa, a fim de materializar os ditames da redação da Carta Magna.

Observemos a opinião de Tássia Gervasoni e Mônia Leal sobre a proeminência do Judiciário no tocante ao modelo constitucional vigente:

Assim, perante uma Constituição que se reputa do tipo dirigente, ao Judiciário já não mais se reserva o tradicional papel de inerte espectador da realidade, mas ao contrário, dele se reclama postura diversa da tradicional passividade formalista. A dimensão cidadã do juiz impõe limites à inércia processual. Para melhorar a instituição e para fazer justiça não precisa a todos os momentos ser despertado da letargia, de modo que a ordem fundante lhe impõe, queira ou não, um protagonismo essencial. (GERVASOVI; LEAL, 2011, p.105-106)

A respeito deste papel inerente ao Judiciário, percebemos um desenvolvimento da interpretação jurídica. Sob a perspectiva do método tradicional, podemos traçar o papel da norma como sendo a solução pré-estabelecida para os conflitos jurídicos, e ainda o papel do juiz como aplicador da norma no caso concreto a partir da identificação da lei que melhor resolverá a lide.

Entretanto, vemos uma latente mudança no tocante a este assunto, uma vez que hoje, com a constitucionalização do direito e o avanço das premissas ideológicas a norma assumiu um papel de bússola para a aplicação do direito, sendo necessário muitas das vezes uma análise do problema para se encontrar uma resposta constitucionalmente adequada.

Neste quadro, não cabe mais ao juiz apenas um conhecimento técnico voltado a identificar a norma cabível ao caso concreto, numa simples hipótese de subsunção. Contudo, seria exigido dele como intérprete, a valoração das normas abertas com a finalidade de apontar a melhor escolha interpretativa dentre as possíveis.

O entendimento de Barroso (2005, p.12-13) é no sentido de que as cláusulas gerais constitucionais são dotadas de plasticidade e carecem de uma significação a ser dada pelo hermeneuta doravante os deslindes da realidade fática. Por não conter integralmente os elementos para sua aplicação, a norma ficaria adstrita à valoração do juiz para que possa ser definido o seu sentido e alcance. Pelo fato desta solução não se encontrar delineada na redação

normativa, o magistrado não pode se limitar ao texto, deve, contudo, integrar o alcance normativo por meio de sua própria avaliação.

Essa mudança de análise de uma ordem sistemática para um pensamento valorativo não se restringiu ao Judiciário, mas trouxe a necessidade de propagação para todo o ordenamento jurídico, de modo que a ordem jurídica deve ser lida sob a ótica da Constituição, com o fito de concretizar os valores nela insculpidos. Este fator, certamente exige das leis infraconstitucionais, para além do aspecto formal, uma compatibilidade material, o que acaba por vincular a esfera do Poder Legislativo em sua função típica.

O ministro Barroso (2005, p.27) identifica este fenômeno como “filtragem constitucional” de forma que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da constituição para que sejam realizados os valores nela consagrados. Em seu entendimento veríamos que “a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional”.

Salutar ainda ressaltar, que a força normativa da Constituição encontra respaldo nos direitos fundamentais nela consagrados. A partir desta assertiva podemos extrair a importância desses direitos para a afirmação de uma constituição materialmente exigível, o que por um lado limita a atuação Estatal mas por outro o implica deveres, os quais podem ser exigidos pelo cidadão.

Desta forma, concluímos que os princípios que consagram os direitos fundamentais são dotados de caráter normativo. Sobre este aspecto entenderam Medeiros e Nelson (2015, p.56) que a “confirmação da normatividade dos princípios os fizeram ser colocados no sistema jurídico com hegemonia na construção normativa, de maneira que passaram centralidade da norma constitucional, como regentes da ordem jurídica.”.

A respeito deste constitucionalismo principiológico, Barroso (2005, p.13-14) denota a existência de colisões entre normas constitucionais – sejam as de princípios ou as de direitos fundamentais – a presença de bens jurídicos que se contrapõem revelariam a queda da aplicação da subsunção e a conseqüente ascensão do método de ponderação.

Sobre este aspecto, entende o ministro Barroso (op. cit.) que o intérprete diante do caso concreto: “(i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.”.

Acerca desta característica constitucional, Campos (2013, p.7900-7901) acredita que a Lei Fundamental de 1998 promoveu uma constitucionalização abrangente e compromissória. O autor explica a constitucionalização abrangente como sendo a incorporação de questões da vida política e social a nível constitucional, o que levaria a necessidade de uma aplicação da Carta Magna nestes casos. Por sua vez, constitucionalização compromissória, significa que não foi adotado pelo legislador ordinário uma única filosofia política, moral ou social de forma que a redação abriga direitos conflitantes que precisam ser concretamente harmonizados.

Esta estrutura constitucional acabou por criar uma esfera propícia à litigância constitucional a ser resolvida pelo Supremo, requerendo dos ministros uma solução criativa para estes conflitos, condição essa que contribui para uma análise mais proativa dos casos.

Campos (2013, p.7900-7901) opina neste mesmo sentido ao entender que a ordem constitucional pós 1988 teria criado condições institucionais que permitiriam que questões políticas e sociais, tradicionalmente deliberadas e resolvidas nas arenas políticas – Legislativo e Executivo – fossem decididas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda no que tange ao neoconstitucionalismo, destaque-se que a prerrogativa constitucional não é estática ou alheia a realidade ao seu redor, contudo, percebemos que há uma relação de condicionamento recíproco entre o texto constitucional e a sua interação no meio social.

À vista disso, corroboro a ideia de Medeiros e Nelson (2015, p.154) que afirmam que “não se pode dissociar a realidade constitucional da realidade social” uma vez que “a força normativa da Constituição está relacionada à força dos fatores sociais que se apresentam e requerem ser normatizados”. Até porque, teria sido essa pressão e participação social que deram origem a redação que temos hoje em vigência.

Sobre esta perspectiva, Marçal Justen Filho (*apud* MEDEIROS; NELSON, 2015, p. 154) acredita que existe um fenômeno de interação entre o meio social e a constituição, de forma que a Lei Maior do Estado rege a organização social, mas que da mesma maneira, a sociedade vivencia as normas de modo dinâmico.

Por este motivo, entender-se-ia que o texto constitucional comportaria diferentes interpretações ao longo da evolução social de um povo, de forma a alterar o significado, a concepção e a extensão de uma norma, de um termo e até de princípios constitucionais.

Resume o autor Justen Filho (*op. cit.*) que a dinamicidade dos processos judiciais se refletem sobre a Constituição, de modo que “as inovações vivenciadas ao interno da sociedade são influenciadas pela disciplina jurídica, mas também se refletem sobre o Direito, mesmo sobre aquele pré-existente”.

Ora, se a sociedade está em constante mudança não poderia o direito retrair-se no tempo, por consequência, deve a Carta Magna acompanhar a evolução social, seja por uma atualização formal em seu texto por meio do legislativo, ou ainda, recorrendo a uma alteração hermenêutica através do Judiciário, de maneira a compatibilizar o texto com a realidade social.

Aprofundando-nos nesta discussão, pode-se afirmar que os juristas dividem o modo de alteração constitucional em formal e informal.

A alteração formal também nomeada de reforma ou revisão constitucional, diz respeito àquelas formas constitucionalmente autorizadas de modificação de parte da constituição, através da revisão – hipótese excepcional com limitação temporal já esgotada– e das emendas constitucionais, por intervenção do poder constituinte derivado reformador, consoante previsão do art. 60 da CF/88.

Apesar de existir grande número de emendas desde a promulgação da Constituição de 1988 é de maior relevância para este estudo o foco nas alterações informais, também denominadas de mutação constitucional, que apesar de não estarem previstas na redação da

Carta Magna, se “concretizam pelas vias decorrentes dos costumes, da interpretação judicial, dos estatutos ou do efeito do ambiente político”(DAMIAN, 2007, p. 65).

Segundo a definição de Bosch (2006, p.3), mutação constitucional representa uma “alteração da constituição sem alteração do seu texto, ou seja, as mudanças das circunstâncias sociais que não modificam o texto (a letra) da constituição, mas lhe atribuem significado diferente do até então atribuído”.

Esta mudança vai se dar muita das vezes em razão das demandas sociais e da evolução da sociedade que fazem pressão quanto à aplicabilidade do direito e das normas constitucionais no plano material.

De acordo com Ferraz (*apud* DAMIAN, 2007, p. 65), essas alterações se processariam lentamente e só se tornariam perceptíveis “quando comparadas ao entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”.

Em outras palavras, a mutação constitucional ocorre gradualmente, com a mudança de pensamento da sociedade até chegar ao hermeneuta de um dos Poderes estatais que irá afirmar o posicionamento a ser adotado.

O que nos importa neste momento é que essas alterações informais estão sendo realizadas pelo Poder Judiciário, com proeminência do Supremo Tribunal Federal, quando estes se deparam no caso concreto, com a formulação de um pedido em que seu fundamento é uma disposição com sentido mais abrangente do que o original até então adotado ou um entendimento que não está expressamente previsto na Constituição.

Diante dessas circunstancias levantadas pela parte interessada, os magistrados se veem no papel de dar nova interpretação a um termo ou princípio ou adequar uma norma ao sentido atual, de modo a acompanhar as demandas que lhe são atribuídas.

Contudo, mister se faz destacar a necessidade de não se afastar das limitações impostas pela própria constituição quando da atribuição de novo sentido ou interpretação, não podendo esta nova hermenêutica se afastar dos princípios basilares da Lei Fundamental.

Embora se tenha destacado diversos aspectos que integrem as características da influência da teoria neoconstitucionalista sobre a Constituição de 1988 e as consequências provenientes deste novo modelo constitucional, não se pode dizer que são características sem relação entre elas ou com o tema, pelo contrário, a soma delas certamente foram determinantes para o aparecimento do ativismo judicial nos tempos atuais.

Trata-se de um desencadeamento lógico, que teve início com a adoção do modelo neoconstitucionalista que por consequência gerou o aparecimento da postura ativista em cenário nacional. Em resumo, considerando o princípio da inércia do Judiciário, podemos sintetizar que a provocação do Judiciário pelos cidadãos que almejam a concretização de seus direitos fundamentais leva os magistrados a exercerem, em razão da característica neoconstitucionalista da Carta Magna, uma conduta ativista, com o fim de melhor atender a demanda.

2.3 A inércia dos Poderes Legislativo e Executivo

Um fator importantíssimo para análise do surgimento e avanço do ativismo judicial no Brasil diz respeito aos papéis desempenhados pelos Poderes Legislativo e Executivo no contexto histórico atual. Nesse momento, passaremos a uma análise aprofundada acerca das circunstâncias institucionais que elevaram o protagonismo do Judiciário em relação aos outros Poderes constitucionalmente previstos.

O ministro Barroso (2012, p.5), estudioso do tema do ativismo judicial traz à tona o aumento pela procura do Judiciário em assuntos originariamente de competência de outros Poderes. O doutrinador nomeia este fenômeno de “judicialização” que por sua vez, significa que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”.

Poderíamos considerar que por algum motivo as instâncias políticas tradicionais – Legislativo e Executivo – estão se afastando do seu posto ou de certa forma, sendo condicionadas a este afastamento, de modo que têm sido exigido do judiciário a efetivação de direitos de competência originária dos outros Poderes, o que teria levado a um alargamento do número de casos de judicialização da política.

Prova desta inflação do judiciário pela ausência de ação dos outros Poderes são os numerosos casos de judicialização da política e de assuntos relativos à administração pública. Apenas a título de exemplo podemos destacar a pesquisa elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) para o Conselho Nacional de Justiça que revelou um aumento de 130% das demandas judiciais relativas à saúde entre os anos de 2008 e 2017 (TRF2, 2019). Ora, como é sabido, não caberia ao Judiciário originariamente efetivar o direito à saúde.

Desta maneira, o aumento da judicialização da política pode servir para ilustrar uma permeabilidade contemporânea entre política e justiça que vem sendo concretizada em peso pelas decisões do Supremo, revelando a linha tênue que tem se formado entre a criação, aplicação e a interpretação do direito.

Ainda sob a perspectiva de Barroso (2009, p.3), podemos enumerar algumas causas para o fenômeno da crescente judicialização, a primeira seria a redemocratização consolidada pela Carta Magna de 1988, este ambiente democrático teria reavivado a cidadania e conscientização da população sobre seus direitos, os quais passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

O segundo fator elencado pelo ministro acima citado, teria sido a constitucionalização abrangente que trouxe para a Carta Magna inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. E a terceira causa apontada por Barroso seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que tornou possível que qualquer questão política ou moralmente relevante pudesse ser alçada pela Corte Suprema.

Apesar da relevância dos fatores elencados pelo referido ministro, esses já foram analisados individualmente nesta pesquisa. O que parece mais interessante para este trabalho é identificar a expectativa da população nestes Poderes e a intenção dos agentes que representam

os Poderes Legislativo e Executivo e a maneira como isto tem afetado a realidade social e as instituições.

Assim sendo, cabe primeiramente mencionar que percebemos hodiernamente em nossa sociedade uma grande desilusão com a política, uma verdadeira crise de representatividade está ganhando força no cenário atual.

Como se sabe, o regime político do Brasil é a democracia representativa, na qual os cidadãos elegem um representante para em seu nome exercer um mandato; este modelo se aplica à escolha dos agentes do Legislativo e do Executivo. Desta maneira indireta de exercer a democracia, a sociedade deposita em seu representante uma expectativa de concretização de sua vontade política tendo em vista que este último deve atuar como mandatário daqueles que o elegeram.

Prova viva desta insatisfação popular são as manifestações sociais através de protestos que ocorrem contra o sistema político, deixando claro o descontentamento da sociedade com os representantes eleitos. Podemos lembrar aqui a Jornada de Junho de 2013, uma das maiores manifestações ocorridas no Brasil, que chegou a contar com a participação de mais de um milhão de pessoas e ocorreu concomitantemente em diversas cidades do país (FLORESTI, 2018).

Ocorre que tal situação não foi um fato isolado, ainda estamos enfrentando essa desconfiança com o setor político do país. Vemos nessa esteira, um aumento expressivo na quantidade de votos nulos, brancos e abstenções – nas eleições presidenciais de 2018, a soma desses chegou a 30% (CAESAR, 2018) - isso reforça o argumento da existência de uma crise de representatividade no país.

Não podemos nos afastar da ideia de que a conscientização das minorias sociais (LGBTQIA+, indígenas, quilombolas etc.) quanto a seus direitos tenha impactado este cenário. Isto porque, como sabemos, a maioria dos agentes políticos são homens brancos (CAESAR, 2018), que não representam e transparecem desinteresse em representar essas minorias. O que vemos em escala é um determinado grupo sendo eleito e governando em favor daquele mesmo grupo - em regra grandes empresários.

Cabe destacar que o papel do representante deveria ser militar em favor do interesse de seus representados. Entretanto, vemos uma verdadeira dissonância entre o discurso eleitoral e a prática governamental, o que acaba dilapidando a expectativa do eleitorado no representante e no próprio sistema de democracia indireta.

Corroborando este argumento, a pesquisa Ipsos de 2017 publicada pelo jornal O Estado de São Paulo, revelou o alarmante número de que apenas 6% dos eleitores se sentiam representados pelos políticos nos quais já votaram.(BRAMATTI, 2017)

Mais recentemente poderíamos citar as manifestações contra o atual presidente, que ocorreram em 24 de Julho de 2021 e reuniram 600 mil pessoas em mais de 500 cidades do país, o protesto teve como um dos motivos a defesa da democracia e a pressão para o programa de vacinação contra o corona vírus (SEGALLA, 2021). Tais atos relevam uma insatisfação generalizada no país.

A percepção negativa da sociedade nos setores políticos, vem sendo alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso midiático de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corruptivas que não medem esforços para satisfação de interesses exclusivamente pessoais ou de certo grupo econômico (SARMENTO, 2009, p. 11).

O que é interessante notar é que a constituição de 1988 nos trouxe uma gama de direitos fundamentais que não são postos em prática da melhor maneira possível por diversos fatores como preferências políticas, questões financeiras, escolhas dos administradores públicos diante das necessidades postas, e podemos falar ainda da corrupção que de forma direta acaba por interferir na situação econômica de um ente público.

Ora, sabemos que o papel do Poder Executivo é justamente ser aquele que guiado pela redação da Lei Fundamental irá suprir as necessidades da população. Todavia, como é de conhecimento geral os administradores públicos do Brasil vêm pecando ao cumprir esse papel e suprir as necessidades básicas da população como por exemplo na área da educação e saúde.

Essa carência de recursos e políticas públicas principalmente aos mais vulneráveis é fator de indignação para os mesmos, que guiados pelo sentimento de que cumprem o seu papel social ao contribuir por meio de tributos não veem a contraprestação por parte de seus governantes.

Diante dessa situação vemos que a sociedade tem utilizado do Judiciário para ver cumprido os seus direitos fundamentais, pleiteando por exemplo por uma decisão judicial que condena o Estado a prestar ao demandante uma medicação ou uma internação com urgência.

Consolidando esta ideia, manifestaram-se Fogaça e Netto (2019, p.3):

No entanto, já é histórica a dificuldade de elaboração e implementação de políticas públicas que deem conta de satisfazer os mandamentos constitucionais. É por isso que parte da doutrina enxerga a ampliação do papel do Poder Judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade que são inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas.

Desta forma, o que temos ao final é que os magistrados e ministros acabam por aplicar diretamente a Constituição diante da excepcionalidade do caso concreto e impõem condutas – ou abstenções – ao poder público em matérias tipicamente de competências das entidades políticas, o que aliás é motivo de grande crítica pelos doutrinadores.

Rememorando o conceito dado por Barroso no início desta pesquisa, vemos que esta conduta judicial de aplicação direta do texto constitucional e o proferimento de decisões cuja matéria seria tipicamente de competência dos outros Poderes, acaba por revelar uma atitude tipicamente definida como ativista.

Neste sentido, entendo que a inércia do Legislativo e Executivo, o seu despreparo e até desinteresse em atender aos anseios da população, pode ser mais um fator que colaborou para o avanço do ativismo judicial no Judiciário brasileiro, uma vez que demandados, os juízes estariam necessariamente obrigados a proferir uma decisão cuja efetivação interfere na esfera de outros Poderes – os quais, repetindo, teriam o dever inicial de concretizar os desejos constitucionais, mas não o fizeram.

Sobre este aspecto que explica a judicialização da política, Medeiros e Nelson (2015, p.164) acreditam que este fenômeno faz parte do processo democrático, posto que constitui mecanismo de concretização dos direitos fundamentais pelo Judiciário quando estes são sonegados pelo Poder Executivo ou Legislativo. Não nos cabe neste momento tecer uma crítica sobre tal processo, mas identificar os fatores que colaboram para a adoção da postura ativista pelos magistrados.

Ainda neste cenário, cumpre citar o posicionamento de Branco (2016, p.158) que afirma a correição do Judiciário diante desse contexto omissivo dos outros Poderes. Para o autor, se os direitos fundamentais vinculam e dirigem as ações do Poder Judiciário, cuja proteção foi definida constitucionalmente, não é surpresa que para haver a efetivação desses direitos o tribunal provocado se utilize dos mecanismos criados pela própria redação constitucional para exercer uma jurisdição capaz de superar a omissão de outros Poderes.

Ainda a respeito do entendimento de Branco (op. cit.), se a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo é reprovável por frustrar um direito constitucional que lhes cabia efetivar e ainda considerando o dever da Corte Suprema de proteger esses mesmos direitos, não destoaria da missão do Supremo “encontrar soluções, inspiradas na analogia até, que lhes assegurem a eficácia devida.”.

Podemos ainda identificar um distanciamento entre os anseios da população e o posicionamento do Poder Legislativo. Como já foi relatado, o representante deveria ser um mandatário do seu eleitorado, respondendo à altura de suas demandas e da evolução de seu pensamento, todavia percebemos um receio dos legisladores em trazer para discussão um posicionamento complexo e delicado da população.

Em outras palavras, temos uma abstenção dos detentores de mandatos eletivos em executar sua função principal, qual seja, a de legislar. Acredito que essa omissão pode partir de um extinto de preservação de sua imagem pessoal diante da sociedade e dos próprios outros políticos, visto que há assuntos que podem causar uma repercussão negativa. Presumivelmente, esse receio poderia estar ligado à questões polêmicas as quais geram uma polarização social, como por exemplo a discussão acerca da legalização das drogas, união homoafetiva e descriminalização do aborto.

É certo que temas controversos devem ser discutidos com cautela diante de sua complexidade e implicação prática, não obstante, estamos vivenciando uma inércia do Legislativo mesmo quando proposta a discussão de tal tema, o que revela essa preocupação dos legisladores quanto a sua aparência moral.

Julgo que a inércia e a omissão aqui destacadas, tratam-se de uma escolha dos Poderes, uma vez que estes tem o dever constitucional de agir dentro de suas competências definidas, ou seja, a falta de iniciativa e a ausência de ação diante de um dever legal cuida-se de uma opção do agente público, a qual pode ter inúmeras motivações.

Por este e outros motivos, há temas que embora sejam demandados pela população em decorrência da evolução de suas necessidades e de seu pensamento, encontram resistência de articulação na arena legislativa, o que têm levado a população a procurar o Poder Judiciário para a tomada de decisões controvertidas, levando o Supremo Tribunal Federal a decidir a respeito desses temas.

Além disso, a própria população se encontra à procura de uma resolução mais rápida e eficaz de seus problemas, e para isso, busca o Judiciário para possibilitar a concretização de um pensamento para efetivação de uma prestação pública, ou seja, há uma lacuna jurídica a ser preenchida pelo Judiciário que não foi devidamente suprida pelos legisladores.

A título de ilustração, Campos (2013, p. 7953-7954) apontou em seu artigo um dado interessante de que as organizações e grupos sociais antes alijados do debate parlamentar têm feito uso dos instrumentos constitucionais de acesso à Corte Suprema. O doutrinador traz a informação de que até junho de 2012 as entidades de representação da sociedade civil eram os legitimados que mais propunham ações no âmbito do controle concentrado. Isso demonstra uma forte mobilização política da sociedade, que demanda o Supremo diante do déficit de confiança no Parlamento.

Conforme já mencionado, a constante busca pela efetivação das garantias constitucionais têm promovido o incremento da atividade jurisdicional no que se refere à omissão ou má prestação do serviço público. Tendo em vista a enorme importância da prestação

de serviços essenciais e a incapacidade do Legislativo e do Executivo apresentarem uma resposta às demandas em tempo razoável temos visto os magistrados participarem mais intensamente a fim de realizar os comandos, mesmo que abstratos da constituição.

Sob esta perspectiva, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal vem oferecendo uma saída para aquelas questões complexas e imprescindíveis para a população, mesmo que sejam temáticas próprias do setor político do país.

A incredulidade da sociedade no âmbito parlamentar no tocante à ineficácia das políticas públicas e da omissão legislativa para concretização dos anseios populares e proteção de seus direitos tem gerado um deslocamento da legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário.

A partir desta ótica podemos afirmar que o papel originário do Judiciário vem sendo de certa forma deturpado pela ausência de cumprimento das competências constitucionais imbuídas aos outros Poderes. Desta maneira, somado a problemática da lógica constitucional já retratada, vemos que o magistrado quando demandado, acaba por exercer diversas competências atípicas.

Resume Barroso (2009, p.6) que o ativismo judicial normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo e de distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, de forma a impedir que os pleitos sociais sejam atendidos de maneira efetiva.

Analisando esse contexto, Campos (2013, p. 7952) afirma que o ativismo judicial responde a fatores políticos e que os Poderes Legislativo e Executivo não vêm apresentando uma rejeição a tal postura. Vejamos seu posicionamento:

Portanto, é certo que a ascensão do ativismo judicial do Supremo responde significativamente a fatores políticos. A Corte tem desenvolvido sua jurisprudência assertiva em um ambiente político sem resistências sistêmicas que representem ameaças à sua independência ou que forcem seu recuo institucional. Mesmo o Executivo federal, que ainda é a maior força política do país, tem respeitado o protagonismo do Supremo em diversas áreas. Por tudo isso, nosso sistema político fragmentado e competitivo vem atuando de modo a permitir o avanço do poder decisório do Supremo, principalmente porque – e talvez enquanto – o Executivo federal tem contribuído para esse avanço.

É certo que o ativismo judicial avançou no Brasil, e os fatores ora demonstrados reforçam esta hipótese, ademais, vemos no sistema jurídico e político atual que o contexto que possibilitou o seu surgimento ainda se encontra pairando no ar, de modo que não se pode negar que num futuro próximo a adoção de uma postura proativa do Judiciário ainda será marcante.

3. PERIGOS E BENEFÍCIOS DE UMA POSTURA ATIVISTA

3.1 Das críticas tecidas sobre o ativismo judicial

Urge comentar que apesar de considerarmos crescente a prática do ativismo judicial no Brasil – embora não seja o propósito deste trabalho explorar quantitativamente as decisões ativistas, partimos do princípio de sua existência – a sua prática tem enfrentado críticas negativas principalmente dos doutrinadores que enxergam perigo na adoção desta conduta.

Não podemos negar que o exercício do ativismo judicial pode gerar danos às instituições políticas – em especial no tocante à separação de competências ser alvo de julgamento negativo pela sociedade por eventualmente ultrapassar os limites estabelecidos na própria constituição. Cabe, portanto, nesta oportunidade considerarmos as opiniões contrárias ao movimento a fim de investigar a existência de riscos para a democracia brasileira.

Por outro lado, há quem considere que tal prática traz benefícios para a sociedade num geral, e que os fatores que levaram ao aparecimento desta conduta no Judiciário brasileiro transparecem as necessidades da população que encontram solução no ajuizamento de lides e na adoção de um comportamento proativo dos magistrados para atender às suas necessidades.

Mister salientar que o objeto deste trabalho é identificar os fatores que contribuíram para o avanço do ativismo judicial no Brasil, o que me parece ter sido concluído. Nos debruçaremos neste momento no exame crítico deste fenômeno, a fim de adotar um posicionamento a respeito de sua utilização no Brasil.

3.1.1. Problemática da tripartição de Poderes

Um dos fatores que mais é visto como problemático para os juristas e doutrinadores que estudam o tema do ativismo judicial é a sua interferência nas competências constitucionalmente definidas do Poder Legislativo e Executivo. Esta ingerência pode extrapolar os limites da redação da Carta Magna e ser tida como inconstitucional.

É fácil entender porque esta questão é um ponto muito debatido, uma vez que as condutas ativistas podem gerar grande repercussão social e implicação prática no âmbito da administração pública. Ademais, se o órgão responsável por guardar a Constituição se utiliza de sua prerrogativa para ir além dos limites demarcatórios positivados, este estaria traindo a própria constituição.

Para melhor compreensão da crítica, avaliemos a questão da tripartição de Poderes. O grande filósofo e pensador da teoria dos três Poderes foi Montesquieu que através da obra “O espírito das leis” – inspirado por Locke - consagrou a divisão tripartite como forma de superar o modelo absolutista adotado até então.

A intenção do filósofo era que com a repartição de competências pudesse haver um equilíbrio entre a autonomia dos Poderes e ao mesmo tempo a intervenção em caso de excesso de autoridade ou extrapolação de suas competências. (FERREIRA FILHO, 2015. p. 68-69)

Ferreira Filho (op. cit.) sistematiza que hodiernamente conhecemos a proposta de Montesquieu como “sistema de freios e contrapesos” o qual consiste no controle do poder pelo próprio Poder. Neste modelo, cada Poder seria dotado de autonomia para exercer sua função, mas ao mesmo tempo, controlado pelos outros Poderes a fim de evitar abusos no exercício do seu encargo.

Neste sentido, a Constituição de 1988 consagrou em seu art. 2º a divisão tripartite dos Poderes em Judiciário, Legislativo e Executivo, devendo estes ser independentes e harmônicos entre si, os quais seriam responsáveis pela concretização dos comandos da Carta Maior.

Podemos entender o princípio da separação de poderes como a teoria adotada pela República brasileira de melhor forma organizacional do Estado, por meio da qual se dividem as funções Públicas de maneira tríplice. São elas a função de estabelecer leis dada ao Legislativo, a de executá-las entregue ao Executivo e a de julgar sob competência do Judiciário. Para Ferreira Filho (2015. p. 68) o exercício dessas funções “deve caber a Poderes diferentes, como condição da liberdade e da segurança dos seres humanos.”.

Consagrada a divisão tripartite, a redação constitucional tratou de limitar as competências dos então Poderes da República de modo a possibilitar as melhores condições de exequibilidade de suas funções e um equilíbrio entre os Poderes. A Lei Maior assegurou, contudo, uma fiscalização entre os atos emanados por cada Poder, pelos outros dois. Ainda na concepção de Ferreira Filho (op. cit.), “o objetivo da separação dos poderes é o estabelecimento de um governo limitado, moderado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral.”

Todavia, o que vemos hoje é um certo esvaziamento das competências dos Poderes originariamente políticos (Legislativo e Executivo), uma vez que o Poder Judiciário foi obrigado a assumir responsabilidades políticas em razão das demandas que lhe são atribuídas. Tal fenômeno já narrado por esta pesquisa é criticado por alguns pensadores do direito. Isto porque, o que estaria em jogo seria a legitimidade democrática do Judiciário.

Como sabemos, os Poderes Legislativo e Executivo são formados através do voto popular e portanto, dotados de legitimidade democrática, e mesmo que não representem integralmente – na prática – a vontade do eleitorado, não há discussão acerca da sua validação social.

Ocorre que o Poder Judiciário foi levado a assumir uma postura ativista e a proferir decisões e entendimentos que acabam por interferir na esfera política. Questiona-se nesse sentido, a legitimidade dos magistrados, em especial dos ministros da Corte Suprema, em avaliar questões eminentemente políticas, uma vez que não são escolhidos pelo voto popular.

Vale ressaltar que o papel do Judiciário é exercer a sua jurisdição com imparcialidade, baseado nos comandos do ordenamento jurídico, e por este motivo não são investidos por

critérios eletivos ou majoritários. Entretanto, ao falar de Supremo Tribunal Federal vemos que a constituição lhe reservou diversas competências, dentre elas o controle de constitucionalidade dos atos normativos, que exige da Egrégia Corte dentre outras situações, uma análise dos atos dos outros Poderes.

Temos por exemplo, a possibilidade de que a Corte Constitucional se sobreponha a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso Nacional – sufragado por milhões de votos – esse fenômeno é identificado pela doutrina como “dificuldade contra majoritária”. Este termo pode ser definido como a atribuição a agentes públicos não eleitos da capacidade de afastar normas elaboradas por agentes públicos devidamente legitimados pela vontade popular.

Barroso (2009, p. 11) aponta que o fundamento normativo de tal postura decorre da própria Constituição. Nesse sentido, os magistrados não teriam uma vontade política própria, mas estariam concretizando as decisões tomadas pelo constituinte ou legislador, os quais são representantes do povo; desta maneira, haveria uma justificação de sua legitimidade para tanto.

Apesar de acreditar na legitimidade do Poder Judiciário, o autor citado acima, reconhece que os tribunais não desempenham suas atividades de maneira puramente mecânica, mesmo porque, lhes é demandado a atribuição de sentido aos princípios constitucionais abstratos, tornando-se os juízes verdadeiros coparticipantes do processo de criação do direito. Contudo, o papel dos juízes é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, afastando-se das razões políticas.

Neste diapasão, Barroso (op. cit. p.12), delimita o papel do Judiciário, nos seguintes termos:

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. 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 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.

Esse tem sido o argumento adotado para negar a crítica quanto a ilegitimidade democrática do Judiciário. É salutar compreender que a Corte possui um poder político em suas

mãos, isso pois suas decisões podem conter consequências políticas práticas. No entanto, devem os ministros agir com proporcionalidade e razoabilidade em suas escolhas interpretativas de modo que não ultrapasse os limites dos ditames constitucionais.

Destarte, mesmo que o ativismo judicial seja uma prática que por sua própria natureza gere interferência na esfera das competências de outros Poderes, que possa gerar o debate acerca da supremacia do princípio da autonomia tripartite e da separação de Poderes, certamente a conduta se encontra justificada pela doutrina, diante da necessidade atual posta pelo desenho constitucional de interferência do Judiciário, desde que não se afaste dos limites estabelecidos pelo sistema jurídico.

3.1.2 Existência de cunho político nas decisões dos membros do STF.

É aceito que o Poder Judiciário tenha em certa medida um poder político em suas mãos, o que lhe foi constitucionalmente delegado por meio do estabelecimento de suas funções. Entretanto, apesar da sua incumbência e capacidade de anular atos normativos de outros Poderes, é certo que qualquer decisão proferida em seu seio deve ser regida pelos ditames da Carta Magna.

A crítica que se faz a este respeito é a existência de cunho político como fundamento de uma decisão, o que decerto feriria o princípio do juiz natural. Teceremos neste momento, uma observação acerca desta temática.

Primeiramente, nos é cabido esclarecer que a palavra “política” é muito abrangente e pode envolver âmbitos da vida cotidiana e organizacional. A partir de uma análise epistemológica do termo podemos influir que sua escrita remonta à palavra grega “politikos” que por sua vez representava os cidadãos que viviam na “polis” (cidade), essa referência denotou uma necessidade de organização da sociedade por meio de um acordo entre aqueles que viviam na cidade.

Este termo, que foi empregado no contexto da Grécia antiga, hoje é entendido como a participação dos cidadãos na sua própria organização e regimento por meio de eleições de representantes que serão os responsáveis pela atividade de gestão do Estado a mando do

eleitorado. Sem embargo de ser comum atrelar este termo à ação dos representantes, é necessário entender a abrangência de significados que a palavra é capaz de englobar.

Quando falamos popularmente em “cunho político” nas decisões é entendido pela sociedade como a adoção de uma postura que se afasta da neutralidade do juiz e se aproxima da representação dos interesses de um grupo determinado, de forma que a aplicação do direito se transforma em escolha política. Todavia, nos cabe investigar o que seria exatamente decisões ditas politizadas e o liame entre direito e política.

Não podemos desvincular a palavra “política” de uma escolha, uma ideologia, um modo de pensar com fim de adotar uma postura prática de condução da sociedade ou determinado grupo, uma orientação. Pensando desta forma, podemos concluir que o processo de criação de uma constituição é um processo político, ora, diz respeito ao estabelecimento das normas e princípios basilares de um país, que vinculará todos os atos seguintes.

Por esse ângulo criacional das normas, considerando o processo legislativo e a vontade das maiorias, é possível concluir que o direito é um produto da política. Entretanto, no âmbito da aplicação do direito, é esperado um afastamento da política, o qual foi constitucionalmente previsto ao insculpir-se na Carta Magna a necessidade de um juiz neutro.

A narrativa dos pensadores do direito é que caberia ao magistrado julgar a lide com fundamento na disposição abstratamente prevista na lei, assim, este estaria desempenhando uma função puramente técnica e atribuindo um resultado previamente decidido pela lei, o que o manteria afastado de uma escolha política. Este é o discurso padrão de justificação da apoliticidade do Judiciário.

Validando esta ideia, Barroso (2012, p.18) aponta que tradicionalmente dois foram os instrumentos utilizados para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, seriam eles a afirmação de independência do Poder Judiciário em relação os outros dois Poderes políticos – Legislativo e Executivo – e a submissão dos magistrados ao texto legal, sendo sua atuação preordenada normativamente e limitada à aplicação do direito vigente.

Não obstante, o ministro ainda aponta que a questão ganha complexidade quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a intromissão nos atos de outros Poderes como aqueles relativos à validade de atos Estatais. Como por exemplo a declaração de inconstitucionalidade da cobrança de um tributo, a suspensão da execução de uma obra pública por questões ambientais ou a condenação de um hospital público a realizar um tratamento experimental, nestes casos afirma o doutrinador que a vontade dos juizes estaria se sobrepondo à dos agentes públicos de outros Poderes.

A pergunta que paira é se existe realmente uma separação entre direito e política de modo que uma esfera não interfira na outra, em especial o questionamento da interferência da política no decisionismo judicial. Relativamente a esta questão, acredito que é impossível pensar em um direito apolítico. No que tange à criação do direito, é entendido que estes estão entrelaçados, mas no que tange à aplicação normativa diante de casos concretos, julgo que há momentos em que pode haver uma intersecção entre eles.

A interpretação jurídica como já mencionado, é palco para uma postura ativista em razão da abstração do texto constitucional, sendo certo que apesar de buscar uma fundamentação para o proferimento de uma decisão, a valoração de uma norma se encontra numa zona cinzenta de escolha do juiz o que demonstra certo grau de subjetividade. Neste âmbito, suponho a existência de uma escolha ideológica de um modo de pensar que pode ser traduzido como um pensamento político, tal fator reforça a existência de uma lacuna do ordenamento jurídico.

No que tange à hermenêutica, é grande a discussão acerca da neutralidade do juiz, uma vez que não é possível considerar na prática, que a interpretação de um termo não tenha sido construída a partir de uma pré-compreensão do magistrado acerca daquele tema.

Por este e outros motivos vemos decisões divergentes sobre o mesmo tema, uma vez que cada hermeneuta irá levar em consideração seus próprios elementos cognitivos e volitivos; ainda temos que considerar que um mesmo juiz pode mudar seu entendimento com o passar do tempo.

Esta temática gerou uma discussão doutrinária que dividiu os pensadores do realismo e do formalismo jurídico. Os formalistas acreditam na supremacia e integridade da lei, de maneira que todas as respostas se encontram positivadas, em outras palavras há uma preocupação apenas com a estrutura formal, com o cumprimento de regras estabelecidas para considerar o que é e o que não é direito (BOBBIO, 1995, p. 145).

Desta forma, para a corrente formalista, a partir de garantias institucionais constitucionalmente previstas os magistrados estariam blindados de adotarem condutas que se afastassem do ordenamento jurídico, sendo imunes às influências políticas em seu julgamento.

Podemos citar neste momento, Donald Dworkin, que não acreditava em uma discricionariedade do juiz, uma vez que o sistema jurídico ofereceria meios para resolver qualquer questão interpretativa, o autor acreditava no papel dos princípios como solução para eventual lacuna deixada pelo legislador. (MELLO, 2016, p. 13)

Assim, o hermeneuta deveria se guiar por valores morais objetivos para conseguir alcançar a interpretação mais adequada a partir de uma análise integrativa e sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Segundo Mello (2016, p. 13):

Essa concepção teórica foi interpretada por Hart como uma espécie de formalismo jurídico. Em um famoso artigo sobre a filosofia do direito norte-americana, o jusfilósofo inglês denominou-a de "nobre sonho", em contraposição ao "pesadelo" do realismo jurídico, e identificou Dworkin como "o mais nobre dos sonhadores" (HART, 1983. p. 121-144).

Ao escrever sobre as teorias de interpretação jurídica, o autor resumiu o estudo de Dworkin da seguinte forma: “a resposta certa é aquela que interpreta o direito como integridade, isto é, que interpreta o direito como sendo formado por um conjunto coerente de valores morais” (MELLO, 2016, p.15). Esses valores morais deveriam interagir e formar uma rede de valores ou princípios que pudessem ser interpretados sistematicamente, construídos através de uma epistemologia integrada.

Por outro lado, temos a teoria realista, que desacredita na autonomia do direito em relação à política, neste caso, o realismo jurídico crê na análise do direito como ele é, e não

como idealmente deveria ser. Por conseguinte, afirmam que o ordenamento jurídico não é capaz de enfrentar todas as novidades jurídicas sem soluções previamente normatizadas, cabendo ao juiz na figura de intérprete encontrar a solução mais razoável, mesmo que para isso se utilize de fatores extrajurídicos e busque a resposta para problemas axiológicos em seu próprio posicionamento ideológico. (FONTES, 2018)

Consoante apregoa Mello (2016, p. 5) Hans Kelsen foi um dos maiores pensadores da doutrina realista, para o filósofo, o direito posto é apenas uma moldura, a qual pode ser preenchida por conteúdos variados a depender da visão do intérprete. Isto porque, a linguagem é indeterminada, podendo o hermenauta formular diferentes proposições a partir de uma atividade cognitiva. Entende o autor que a atividade do juiz no caso concreto não passa de um ato de vontade, uma vez que este tem a capacidade de escolher dentre as diversas interpretações cabíveis.

Mello (2016, p.6) traz a ideia central de Kelsen por meio do seguinte apanhado:

Essa compreensão da interpretação jurídica decorre de duas formas de ceticismo assumidas por Kelsen: ceticismo semântico, segundo o qual a linguagem humana é sempre imprecisa e jamais comporta um significado determinado; e o ceticismo epistemológico, segundo o qual não existem verdades objetivas acerca dos conceitos ou termos utilizados pelos enunciados jurídicos. A compreensão que se tem deles é sempre fruto de uma decisão subjetiva daquele que os aplica.

Haja vista toda a discussão, a conclusão que se pode obter no tocante ao ativismo judicial, é que certamente existem fatores subjetivos que podem influir na interpretação judicial. Assim, nos parece interessante analisar quais seriam esses elementos. A este respeito, Barroso aponta alguns tópicos com os quais concordo e acredito ser válido mencionar para agregar uma maior profundidade à discussão.

O ministro Barroso (2012, p. 28) assinalou que os valores e a ideologia do juiz podem influir significativamente na formação da decisão judicial, apontou que elementos como personalidade, preferências e preconceitos seriam decisivos nos julgamentos. O doutrinador ainda pressupõe que no tocante aos membros do STF, a origem profissional do Ministro tende a refletir no exercício da jurisdição. Ainda analisando o Supremo Tribunal Federal, acredita o autor que os agentes da Corte Suprema internalizam questões político-institucionais que motivarão uma linha de pensamento própria.

Barroso (op. cit., p. 37) ainda deduz que as circunstâncias internas dos órgãos colegiados podem estimular o posicionamento dos tribunais. Cita como exemplo o fato de as audiências serem públicas e possuírem um modelo de votação agregativo e não deliberativo. Para o autor, isto pode fazer com que diante de um posicionamento da maioria um dos magistrados ceda à pressão para criar um consenso, no qual por meio de concessões em relação à própria convicção haja a produção de um resultado uníssono. Ainda cita que o relator sorteado, a ordem de votação e até mesmo um pedido de vista pode ser categórico na decisão final.

Por fim cabe ainda mencionar que Barroso (2012, p. 39) admite ser a opinião pública outro elemento idôneo para instigar uma determinada decisão judicial, uma vez que numa hipótese de desencontro de posições entre a sociedade e o Judiciário, a tendência é haver um alinhamento ao sentimento social. Ressaltando assim, o caráter representativo dos tribunais diante do poder político atribuído ao Judiciário, isso já que, a autoridade de fazer valer as premissas da Constituição depende da confiança dos cidadãos.

Evidencia-se ainda neste contexto de pressão popular, o influxo das grandes mídias no processo de argumentação jurídica. O que vemos hoje, são as mídias sociais invadindo todos os âmbitos da vida e se instalando como propulsor de ideologias e posicionamentos. Prova disto foi o movimento conhecido como primavera árabe e mais recentemente a mobilização internacional intitulada “black lives matter” que se utilizaram das redes sociais para organizar protestos e disseminar uma opinião. Por isto, podemos conjecturar que diante do crescimento exponencial de dispersão midiática de informações, haja um constrangimento do Judiciário a adoção de um certo entendimento.

Arrematando todas as concepções demonstradas, é certo que seria impossível pretender uma autonomia absoluta do direito em relação à política. Ademais, irreal é a noção de integralidade do direito, posto que as soluções para os casos difíceis não são encontradas no ordenamento jurídico, e portanto, exigirá uma capacidade criativa do hermeneuta, o qual mesmo que influenciado por elementos extrajurídicos deverá fundamentar suas escolhas.

Isso posto, julgo que os tribunais pátrios devem agir dentro dos limites constitucionais para lidar com os problemas das normas e princípios abstratos, dos casos de controle de constitucionalidade de atos de outros Poderes e de imposições de condutas ao poder público. Assim, uma eventual postura proativa para lidar com estas situações deve considerar os impactos e diferentes consequências políticas que uma decisão pode causar na prática.

3.1.3 Efetivação de direitos fundamentais

Como é sabido, a Carta Magna de 1988 previu a divisão tripartite, cada qual com suas competências próprias, cabendo ao Judiciário o controle do modo de aplicação da lei, todavia, todos os Poderes instituídos deveriam estar comprometidos com a consolidação dos direitos fundamentais na medida de suas alçadas.

Advém que como já mencionado, temos visto uma ausência de ação do Legislativo e Executivo no que diz respeito à políticas públicas que elevem os direitos fundamentais previstos na Constituição para a prática, fator este que teria levado a população a procurar o Judiciário para realização da vontade constitucional.

Neste sentido, vemos uma crítica positiva sendo feita pela doutrina brasileira quanto ao uso de uma conduta ativista para se alcançar a efetivação dos direitos fundamentais. Analisaremos este fator neste momento.

Os autores Medeiros e Nelson (2015, p. 167), opinam que ativismo judicial não se confunde com arbitrariedade, o que fica claro ao entender que a atuação jurisdicional não se efetua por vontade do próprio órgão, pelo contrário a atuação do Judiciário precede de uma provocação. Sendo este provocado, tem o dever julgar a lide de acordo com o princípio da inafastabilidade do Judiciário.

O que observamos, portanto, é que a intervenção do Judiciário depende da verificação da violação ou omissão dos direitos fundamentais, a qual deve seguir os pressupostos estabelecidos na Constituição, e só assim restaria justificada a sua conduta proativa.

Capilongo (*apud* MEDEIROS; NELSON, 2015, p. 168) concluiu, , que existe uma via de mão dupla entre o Judiciário e a sociedade, na medida em que o cidadão deposita no Judiciário a esperança que perdeu nos Poderes políticos, e por outro lado, os magistrados conseguem dar efetividade às pretensões autorais.

O pensador do direito Branco (2016, p. 160), concorda com a legitimidade do Judiciário e acredita que a conduta proativa do magistrado não deve ser rotulada pejorativamente de ativista. Isto pois, a capacidade dos tribunais de superar decisões tomadas por canais político-representativos, suprir omissões dos Poderes políticos e exercer uma jurisdição constitucional não seria por si só uma evidência de violação ao princípio da separação de Poderes ou das exigências da democracia representativa.

O autor citado anteriormente vai além ao afirmar que na verdade, quando o Judiciário se presta a prestigiar os direitos fundamentais, mesmo que em contrariedade à vontade momentânea da maioria política, a jurisdição estaria aclamando a uma maioria de maior relevância, qual seja, ao constituinte originário. Destarte, a atuação dos magistrados estaria justificada pelo modelo de distribuição de competências plasmadas na Carta Magna.

Encerrando este postulado, considero que o ativismo judicial não seja uma postura condenável – desde que dentro dos limites aceitáveis de razoabilidade – uma vez que é da índole do sistema de controle constitucional adotado, que haja uma interferência do Judiciário para controle da prestação efetiva dos direitos fundamentais por todos os Poderes instituídos. Dessa forma, na ausência ou omissão dos Poderes políticos, e uma vez demandado, o magistrado pode concretizar os pressupostos constitucionais.

3.1.3.1 Exemplos de decisões ativistas que resguardaram os direitos fundamentais

A título de validação de todo o exposto nesta obra e ainda, trazendo uma elucidação para a narrativa posta, veremos nesta oportunidade, dois exemplos de decisões que podem ser consideradas ativistas, dentro das características outrora traçadas, as quais julgam um tema de acordo com um entendimento proativo do texto constitucional.

Um primeiro caso que podemos mencionar é o julgamento conjunto da ADI 4.277 e do ADPF 132, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva ao equiparar as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres.

Sobre isto, cabe ressaltar que até então, a previsão legislativa insculpida no artigo 1.723 do Código Civil, definia a união estável como sendo a convivência pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Essa expressa disposição acabava por impedir o reconhecimento da união entre pessoas homoafetivas, sendo certo que apesar de longa militância LGBTQIA+, o Legislativo não se preocupou em adaptar a redação do artigo com o fim de abranger esta minoria, por outro lado, o Executivo, respaldado na ideia da legalidade, deixava de tomar as medidas necessárias.

O julgamento ocorrido em 2011 foi no sentido de dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do CC, de modo que seja excluído da interpretação qualquer significado que impeça o reconhecimento de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Após confabulação dos ministros, foi identificada a necessidade de sobreposição da Constituição à lei federal (Código Civil), de modo que houvesse a prevalência dos princípios da igualdade, da vedação ao preconceito em razão do sexo (orientação sexual) e da dignidade da pessoa humana, consagrados na Carta Magna.

O que observamos a partir da análise deste julgado é que apesar da contrariedade à lei federal, os ministros ao ponderarem a respeito dos princípios constitucionais abertos e ao interpretarem de forma mais proativa a Constituição, entenderam por bem fazer prevalecer os ditames constitucionais.

Fato é que tal matéria seria aferível ao Poder Legislativo, contudo, diante da sua inércia em abarcar outras modalidades de família, o Poder Judiciário foi provocado a se manifestar com a esperança de que houvesse um julgamento que reconhecesse tal entidade familiar, o que após grande discussão foi atendido. Cabe ainda ressaltar, que a decisão inequivocamente interferiu na esfera dos outros Poderes – Legislativo e Executivo, o que é característica de uma conduta ativista da Corte Suprema.

Outro exemplo emblemático de uma conduta ativista do Supremo Tribunal Federal, foi o julgamento do Habeas Corpus 124.306, em 2016, que apesar de não ter efeito vinculante, abriu precedente para a discussão da descriminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação. No presente caso, estabeleceu-se que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não poderia ser equiparado ao crime de aborto.

O Código Penal nos artigos 124 a 127 traz a previsão do aborto como crime, não fazendo referência a um limite para sua não tipificação, contudo, o Supremo ao delimitar um marco temporal para não criminalização da conduta, agiu de forma ativista. A fundamentação da decisão levou em conta os fatores sociais, econômicos e culturais, julgando desproporcional a prisão dos réus e ressaltando que a tipificação não protege devidamente a vida do feto nem sequer gera impacto no número de abortos praticados no país.

Tal entendimento gerou muita polêmica e discussão sobre o tema por diversos grupos sociais, a complexidade do assunto e as questões ideológicas impediram um processo Legislativo de descriminalização do aborto. Assim, vemos que a Corte Suprema tem sido palco de tal debate, sendo impossível negar – independentemente das plausíveis críticas – que tal decisão priorizou os direitos fundamentais da mulher, como o direito à autonomia, à integridade física e psíquica, a seus direitos sexuais e reprodutivos e à igualdade de gênero, argumento esse que é relevante para a presente análise.

Os casos ora narrados, são pequenos exemplos da grandiosidade do volume de decisões tidas como ativistas nos últimos tempos, as quais corroboram os argumentos levantados nesta pesquisa quanto ao surgimento do ativismo judicial e a sua consolidação no sistema jurídico brasileiro. Cabendo destacar, não ser objetivo desta pesquisa um julgamento crítico a respeito das decisões, mas sim provar a hipótese e os motivos da existência deste fenômeno.

CONCLUSÃO

Conforme inicialmente apresentado nas notas introdutórias desta pesquisa, o objeto de análise circundava provar as hipóteses levantadas que serviriam de resposta para se averiguar os motivos ensejadores do surgimento e consolidação do fenômeno do ativismo judicial no Brasil e a apresentação de críticas que por um lado afirmam uma problemática na adoção de uma postura ativista, mas que por outro lado, veem nela uma salvação.

Ao que me parece, a hipótese restou devidamente provada no decorrer da obra, assim como a relevância da análise da temática em questão para o aprofundamento da discussão da crescente conduta ativista dos juízes, sendo certo que a investigação acerca dos pressupostos ensejadores do movimento podem contribuir para um melhor entendimento do fenômeno.

Por todo exposto, podemos concluir primeiramente que se conceitua ativismo judicial como sendo uma conduta proativa do juiz no sentido de concretizar valores e fins constitucionais, como consequência desta postura, notamos uma grande interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Muitas são as formas por meio das quais o magistrado pode manifestar uma conduta ativista, grandes exemplos são a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto; a declaração de inconstitucionalidade de atos e normas de outros Poderes e a condenação do poder público a realizar ou se abster de realizar uma conduta em matéria de políticas públicas.

O que se pôde notar é que o ativismo judicial não é uma conduta deliberada e sem precedentes dos juízes, mas uma resposta a diversos fatores sociais, culturais e políticos em um contexto histórico específico que acabou por influenciar o comportamento judicial. Dentre esses fatores ora analisados, podemos destacar três, quais são: a influência da Constituição de 1988 e do processo de redemocratização do país, a adoção de um modelo neoconstitucionalista na redação constitucional e a inércia dos Poderes políticos.

Comprovou-se com este trabalho, a grande influência da Carta Magna de 1988 para o desenvolvimento do ativismo judicial, uma vez que a partir das transformações institucionais,

sociais, culturais e políticas vinculadas e provenientes deste marco, observou-se o momento perfeito para o surgimento e ascensão do fenômeno. Ressalta-se a importância da redação constitucional, que após um longo período de ditadura militar estabeleceu como princípio basilar um Estado Democrático de Direito além de diversos outros direitos fundamentais que formaram um sentimento social de supremacia da vontade do povo e expectativa de concretização dos direitos positivados.

Além disso, provou-se que o desenho constitucional após a promulgação da Constituição de 1988 esteve inteiramente vinculado à teoria do neoconstitucionalismo – segundo fator apontado como responsável pelo surgimento do ativismo judicial no Brasil – uma vez que pudemos notar a adoção desta linha de pensamento na nossa Lei Fundamental. Dentre outras características, destacou-se a valorização dos princípios, e ao estilo aberto de raciocínio jurídico, a constitucionalização do direito e a judicialização da política.

Tais atributos impactaram diretamente a forma como o direito vem sendo depositado na Corte Suprema do país, visto que essa foi nomeada como guardiã da Constituição. E ainda, considerando o modelo jurídico adotado de intensa constitucionalização do direito, o Supremo Tribunal Federal vem se apresentando como enunciador da “última palavra”. De modo que para concretização de sua competência constitucional e dos anseios populares foi levado a fazer uso de métodos de interpretação compatíveis com a complexidade e abstração do direito, momento no qual nota-se a presença de condutas ativistas.

O último fator apontado como propulsor do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro foi a inércia demonstrada pelos Poderes Legislativo e Executivo diante da concretização dos valores e princípios constitucionais no que tange aos direitos fundamentais em contraposição às escolhas políticas que dão azo às políticas públicas. Provou-se a existência de uma crise de representatividade dos Poderes políticos, em razão da descrença da população em depositar sua esperança em Poderes que não são capazes de responder às suas demandas.

Desta forma, verificou-se o crescimento exponencial da judicialização de assuntos que originalmente seriam de competência dos Poderes políticos, uma vez que omissos esses, a sociedade passou a buscar a realização dos ditames constitucionais no Poder Judiciário, de maneira que discussões complexas e polarizadas socialmente têm sido decididas em última

instancia pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, concluímos que o Poder Judiciário, em especial a Corte Suprema foi levada a adotar uma postura proativa de interpretação do texto constitucional para poder superar a omissão dos outros Poderes e efetivar a redação positivadas pelo constituinte originário.

Por fim, vimos que diversas são as críticas acerca da temática ora abordada, dentre elas apresentou-se a crítica acerca da intervenção excessiva do Judiciário sobre os Poderes Legislativo e Executivo. Também foi proposta uma discussão sobre a existência de um efetivo uso da política nas decisões dos membros do STF, e ainda a análise do papel dos magistrados como concretizadores de direitos fundamentais.

O que se pode arguir após a análise das críticas mencionadas é que apesar da alegada falta de legitimidade democrática do Judiciário quando esse interfere nas esferas políticas, essa se encontra justificada na própria Constituição. Além disso, cabe destacar que é impossível pensar num direito separado da política tendo em vista as próprias características da redação constitucional e do sistema político brasileiro. Este fator levou o Judiciário a adotar uma postura ativista com o fito de interpretar a Carta Magna de maneira mais adequada a conciliar os interesses da sociedade com a essência da Constituição.

Não obstante todas as críticas que podem ser tecidas ao ativismo judicial – o que é totalmente razoável quando uma conduta se contrapõe à Constituição – o que pôde ser percebido para além da comprovação da hipótese desta pesquisa qual seja: os fundamentos de surgimento e avanço do ativismo judicial no Brasil após a Constituição federal de 1988, foi que a conduta ativista tem ganhado espaço no nosso sistema jurídico.

Ao analisar o aumento deste fenômeno, verifico que basear a justiça apenas no direito positivado não tem sido capaz de acompanhar toda a complexidade do avanço humano. Uma vez que a realidade social tem se mostrado cada vez mais fluida, o que se contrapõe à estabilidade das leis, e certamente tem gerado nos magistrados, após devidamente provocados, a sensação de que precisam adotar uma postura mais proativa para atender aos anseios da sociedade, diante da incapacidade dos Poderes políticos de assumirem este papel. Assim, se justificaria o uso do ativismo judicial, desde que consciente e dentro dos limites constitucionais.

REFERÊNCIAS

ATIVISMO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/ativismo/>> Acesso em: 10/05/2021

BARNETT, Randy E. Constitutional clichês. Capital University Law Review, Columbus, 2008, vol. 36, p.495. Disponível em : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021980>. Acesso em: 10/05/2021

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) 2005, Revista De Direito Administrativo, 240, 1–42. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf> Acesso em 30/11/2021.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em 25/10/2020.

_____. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Revista Interesse Público - Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan. / fev. 2010. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/a-americanizacao-do-direito-constitucional-e-seus-paradoxos-teoria-e-jurisprudencia-constitucional-no-mundo-contemporaneo/>> Acesso em 28/03/2021.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p.8. .RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em 28/10/2020

BEZERRA, André Augusto Salvador. Explosão da litigiosidade é resultado da distância entre lei e realidade. Revista Consultor Jurídico. [S.I] 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-05/andre-bezerra-litigiosidade-vem-distancia-entre-lei-realidade>> Acesso em 25/01/2022

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos e. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 145.

BOSCH, Marcia Helena. Mutação constitucional e ativismo judicial. Revista da PUCSP, São Paulo, 2015. Disponível em <https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_ativism_o.pdf> Acesso em 30/11/2021.

BRAMATTI, Daniel. O material jornalístico produzido pelo Estad o é protegido por lei. As regras têm como objetivo proteger o investimento feito pelo Estad o na qualidade constante de seu jornalismo. Estad o. [S.I] 2017. Disponível em :<<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,classe-politica-enfrentarejeicao-generalizada,70001934388>> Acesso em 02/12/2021

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ativismo judicial – primeiras aproxima es. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). 1  Edi o, 2016 p. 156. Disponível em:<https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2241/3/Ativismo%20Judicial%20e%20efetividade%20de%20direitos%20fundamentais_Paulo%20Gonet%20Branco.pdf> Acesso em: 10/05/2021

BRASIL. Constitui o da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1967. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 18/01/2022

BRASIL. Constitui o da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso Em 17/11/2021

CAESAR, Gabriela. Perfil médio do deputado federal eleito   homem, branco, casado e com ensino superior Análise do perfil médio dos eleitos para compor a Câmara dos Deputados mostra que a Casa terá maioria de homens de etnia branca, casados e com ensino superior, aos 49 anos. GLOBO. [S.I] 2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/21/perfil-medio-do-deputado-federal-eleito-e-homem-branco-casado-e-com-ensino-superior.ghtml>>. Acesso em 02/12/2021

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. RIDB, ano 2, n. 8, 2013, p. 6. Disponível em <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/08/2013_08_07881_07961.pdf> Acesso em: 18/05/2021

_____. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. p. 94-106. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 60, abr./jun. 2016. Disponível em:<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf>. Acesso em 18/01/2022

DAMIAN, Giomára Bester. As reformas constitucionais. Pg. 5. Direito em debate, Ano X V nº 27, 2 8, jan. - jun./ jul.- dez. 2007 p. 61 -82. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/669/387>> Acesso em 25/11/2021.

ESTADOS UNIDOS. Constitution of the United States (1789) Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951#:~:text=Written%20in%201787%2C%20ratified%20in,exists%20to%20serve%20its%20citizens.> Acesso em 28/03/2021.

FERNANDES, Cláudio. "Constituição de 1967"; Brasil Escola. [S.I] Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/constituicao-1967.htm>. Acesso em 18 de janeiro de 2022

FERRARI, Julio Cesar; PEREIRA, Rafael Caluz. A imposição da ditadura militar na sociedade brasileira – uma breve analogia do comportamento Estado/Oposição [recurso eletrônico].2009 Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qUBRRBNAegQJ:docplayer.com.br/16640087-A-imposicao-da-ditadura-militar-na-sociedade-brasileira-uma-breve-analogia-do-comportamento-estado-oposicao.html+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 27/05/2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 67-81, Abril-Junho/2015. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf>> Acesso em:

FLORESTI, Felipe. Manifestações de 'Junho de 2013' completam cinco anos: o que mudou?. Revista Gaileu. [S.I]. 2018. Disponível em : < <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2018/06/manifestacoes-de-junho-de-2013-completam-cinco-anos-o-que-mudou.html>.> Acesso em: 02/12/2021

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Entendendo a Filosofia do Direito – As correntes da filosofia do direito (3/4): O realismo e o pragmatismo jurídico. Gen Jurídico. [S.I]. 2018. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/04/04/entendendo-filosofia-do-direito-as-correntes-da-filosofia-do-direito-3-4-o-realismo-e-o-pragmatismo-juridico/> > Acesso em : 27/01/2022

GERVASONI, Tássia; LEAL Mônia. Neoconstitucionalismo e nova hermenêutica: novas perspectivas acerca da (i)legitimidade da jurisdição constitucional na concretização de direitos à luz da teoria da separação dos poderes. p.97-117. Revista de Direitos Fundamentais & Justiça - ano 5, nº17, p.96-117,out./dez.2011. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/352/503> > Acesso em: 19/01/2022

MEDEIROS, Jackson T. da S. de. NELSON, Rocco A. R. R. Reflexões sobre o ativismo judicial. Revista da faculdade de direito da UERJ- RFD, n. 27, 2015.p. 22/23. Disponível em: <https://memoria.ifrn.edu.br/bitstream/handle/1044/753/12339-56441-2-PB%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25/10/2020.

MELLO, Celso de. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/41536/40884/86606>> Acesso em: 10/05/2021

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil. 2016. REPRO VOL. 255 (MAIO 2016). Disponível em : < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.03.PDF> . Acesso em 15/12/2021

NETTO, José Laurindo de Souza; FOGAÇA, Anderson Ricardo. O Ativismo Judicial Do Superior Tribunal De Justiça E O Direito Fundamental Social À Saúde. PG. 3. Revista Jurídica (FURB). v. 23, nº. 52, set./dez. 2019. Disponível em

<<https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/35266760/Artigo+O+Ativismo+Judicial.pdf/7781007e-2e04-c321-6c0c-c39c822dd1a8> > Acesso em: 18/11/2021

OLIVEIRA, Rafael T; TRINDADE, André K. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM v. 11, n. 2 / 2016 Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912/pdf>> . Acesso em: 18/05/2021.

PIRES, Antonio Fernando. Manual de Direito Constitucional, 2ª edição. Método, 04/2016. Vital Source Bookshelf Online.

RODRIGUES, Natália. Diretas Já. InfoEscola. [S.I] [2018?]. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/diretas-ja/> > Acesso em: 18/01/2022

SAMPAIO, Plínio de Arruda. Para além da ambiguidade: uma reflexão histórica sobre a CF/88. A Constituição Brasileira De 1988 Revisitada: Recuperação Histórica E Desafios Atuais Das Políticas Públicas Nas Áreas Econômica E Social. p.37-50. 2009. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8402/1/A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20de%201988%20revisitada_volume%201.pdf >. Acesso em: 18/01/2022

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: FELLETT, André Luiz Fernandes et al. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. 2009. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf > Acesso em 24/11/2021

SEGALLA, Vinícius. #24J: Manifestações contra Bolsonaro acontecem em mais de 500 cidades e reúnem 600 mil pessoas. Brasil de Fato. [S.I] 2021. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/07/24/24j-manifestacoes-contrabolsonaro-acontecem-em-mais-de-500-cidades-e-reunem-600-mil-pessoas> > Acesso em: 20/01/2022

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. 1988 Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126> > Acesso em 17/11/2021

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª Ed. Brasil: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre Racionalidade jurídica e decisão política. p.3. Revista Direito GV 15. 2012. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>> Acesso em: 10/05/2021

TRF2. CNJ: Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. [S.I]. 2019. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/cnj-demandas-judiciais-relativas-saude-crescem-130-em-dez-anos/>> Acesso em: 19/01/2022

UNITED STATES. Constitution of the United States. [S.I][1787?] Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951#:~:text=Written%20in%201787%2C%20ratified%20in,exists%20to%20serve%20its%20citizens.> Acesso em 28/03/2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista direito GV, São Paulo 4(2) | p. 441-464 | jul-dez 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>> Acesso em: 23/11/2021