XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

CLEULER BARBOSA DAS NEVES

JANAÍNA MACHADO STURZA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Cleuler Barbosa das Neves
Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-800-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação é resultado do GT N. 28 – Teoria do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico, realizado no XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, nos dias 19, 20 e 21 de junho, na Universidade federal de Goiás- UFG.

O presente grupo de trabalho buscou refletir sobre as Teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico, especialmente sob a perspectiva da proposta deste GT – qual seja, direito e ciência jurídica, da teoria da norma jurídica, da teoria da norma e teoria da decisão, teoria do ordenamento jurídico, direito e linguagem, positivismo(s) jurídico(s). Também sob o ponto de vista do paradigma da cientificidade, da falseabilidade, do pragmatismo filosófico e jurídico. Seguindo este cenário, discuti-se as relações entre Direito, Estado e Sociedade: os modelos formalista, sistêmico-operacional e realista. Destaca-se, ainda, o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização, para além do direito como sistema de regras e princípios. A relação entre direito e moral. Discurso jurídico. Judicialização. Ativismo judicial. Decisionismo. Idealismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Teoria da norma e teoria da decisão. Pragmatismo. Discurso jurídico. Decisionismo. Idealismo jurídico.

Nesse sentido, apresentamos os trabalhos que nortearam as discussões deste GT:

A POLARIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E OS EFEITOS (ANTI) DEMOCRÁTICOS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, de autoria de Mauricio Martins Reis e Catharine Black Lipp João. Analisou os efeitos da polarização política na deliberação coletiva sob os ideais moral e epistêmico da democracia deliberativa. Serão abordadas teorias sobre o comportamento entre grupos sociais e a influência da polarização sobre eles para então serem examinados os pressupostos da democracia deliberativa e a sua prática na dinâmica do Tribunal do Júri. A abordagem é desenvolvida a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e o procedimento bibliográfico.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria júnior. Tratou sobre a separação clássica de poderes, que criou um sistema de freios e contrapesos com fincas a evitar que cada poder ultrapasse a sua esfera de competência. A proposta da pesquisa foi analisar a funcionalidade da judicialização

da política e dos diálogos institucionais no Estado Democrático de Direito com escopo de assegurar os direitos fundamentais do cidadão preservando a separação de poderes. A metodologia utilizada será a teórico bibliográfica, através do procedimento metodológico dedutivo, afim de demonstrar que a judicialização da política está compatível com a separação clássica dos poderes, bem como, que a teoria dos diálogos institucionais assegura tal tripartição.

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Taysa Pacca Ferraz De Camargo. A presente pesquisa expõe a abrangência temática das normas constitucionais como indutor da ativa intervenção do Poder Judiciário quando provocado, em questões de grande impacto social, muito em razão da letargia dos demais Poderes da República. Analisar-se-á como tal abrangência contribui para a judicialização da política e consequentemente ao ativismo judicial, compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E LINGUAGEM JURÍDICO PENAL: OS LIMITES SEMÂNTICOS E JURÍDICOS ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO, de autoria de Ana Carolina Santana e Carlos Alberto Menezes. Este artigo se propõe a analisar a discricionariedade judicial na produção das decisões judicias penais. Será utilizada a epistemologia garantista para demonstrar que os pronunciamentos judiciais penais amparados em argumentos puramente éticos, morais ou políticos, não passam de mero decisionismo judicial. Será defendida a utilização de signos linguísticos precisos e determinados como forma de garantir que a semântica legal e a judicial estejam em coerência com a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade, permitindo o exercício argumentativo de verificação e refutação. Aos naturais espaços de insegurança jurídica este trabalho proporá a aplicação dos princípios gerais como critérios pragmáticos de aceitação.

ENTRE MITOS E VERDADES SOBRE A IMPARCIALIDADE: A INFLUÊNCIA DA INTUIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS, de autoria de Taísa Magro Ostini e Sergio Nojiri. O objetivo do presente trabalho foi questionar o princípio da imparcialidade e seus efeitos práticos sobre os magistrados, a partir da investigação dos processos de tomada de decisão judicial. Para tanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar, construída sobre o marco teórico do realismo jurídico e com respaldo nos resultados de estudos psicológicos e neurocientíficos sobre os processos decisórios. O caminho percorrido permitiu afirmar a existência de decisões judiciais predominantemente intuitivas, influenciadas pela personalidade do julgador. A partir disso, concluiu-se pela inviabilidade de uma acepção ampla de imparcialidade (manifestada por juízes verdadeiramente imparciais) e pela interferência das emoções nos julgamentos.

JURISDIÇÃO CRIATIVA: PROMOÇÃO OU RISCO À ORDEM DEMOCRÁTICA?, de autoria de João Felipe Da Silva Neto , Ana Luiza Souza Carvalho. O presente trabalho pretende analisar a postura criativa do Poder Judiciário, diante da necessária efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e as consequências para a ordem democrática constitucional. Inicialmente é feito um levantamento histórico dos direitos fundamentais, seu posicionamento no contexto constitucional e a necessidade de uma postura ativista do judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Em seguida analisa os princípios da proporcionalidade e ponderação balizando o poder judiciário na sua atuação ativista. Por fim aponta as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim e Ivan Dias da Motta. O artigo resulta de pesquisa acadêmica de revisão bibliográfica acerca do neoconstitucionalismo e seus reflexos no movimento denominado por ativismo judicial. Indica que, pela ressignificação dos valores insertos na norma constitucional advém o neoconstitucionalismo, privilegiando uma interpretação orientada à efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, compelido pela inevitabilidade da reinterpretação do pacto político social, ao Poder Judiciário, no pleno exercício da função jurisdicional, incumbe o papel de condutor da implementação de ações e políticas públicas que assegurem a concretização desta vontade de Constituição, o que vem se denominando ativismo judicial.

O BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Guilherme Augusto De Vargas Soares e Luis Felipe Leão Saccol. Este pequeno ensaio busca demonstrar, de maneira contextualizada, o surgimento da teoria da separação dos poderes através do modelo tripartido de Montesquieu. Visa também ilustrar a importância da teoria da separação dos poderes para conter o ativismo judicial. Fazendo, assim, uma análise da recepção do referido instituto sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como ponto de partida as mudanças de paradigmas ocorridas com o processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988.

O CONVENCIMENTO DOS JUÍZES É MESMO LIVRE? UM ENSAIO SOBRE A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE UM VERDADEIRO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS, de autoria de Pedro André Guimarães Pires , Karyna Batista Sposato. Nosso caminho histórico, marcado por uma construção pouco teórica do discurso jurídico, possui implicações na aplicação de um verdadeiro sistema de garantias processuais capaz de conter decisionismos e a arbitrariedade estatal. Algumas causas implicam efeitos

que revelam a necessidade de superar o livre convencimento. Modernidade tardia, esvaziamento do discurso constitucional e preponderância do político sobre o jurídico se correlacionam à mitigação das garantias processuais. Daí a necessidade de um sistema de garantias que supere a filosofia da consciência e resguarde a legitimidade democrática das decisões, o direito fundamental da parte a uma resposta correta, e o próprio estado de direito.

O IMPULSO DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PELA INGERÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de autoria de Karla Vaz Fernandes e Susana Silva Araújo. Este artigo tem por objetivo discutir o quanto a força da atuação judiciária desnivela a interdependência harmônica dos poderes estatais. Serão revisadas bibliografias que visem identificar se há ou não positividade no impulso da politização do judiciário, em decorrência da ineficiência crônica do Estado na tentativa de garantir o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. O texto busca demonstrar qual o grau de influência da ingerência estatal, legislativa e executiva, na concretização dos direitos fundamentais sobre o crescimento do chamado processo de politização do Judiciário brasileiro. Questiona-se se a intromissão judicial torna realmente efetiva a concretização dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL SÃO DIREITOS ?: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa. Este artigo possui como objeto de estudo à efetividade dos Direitos Humanos, a sua materialização na realidade social brasileira, sob a perspectiva das teorias dos Direitos Humanos e do Realismo Jurídico. O problema que se propõe esse artigo é se os Direitos Humanos no Brasil são Direitos? ou meras garantias formais, ideologias a serem alcançadas?. Quando à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, o procedimento o monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o descritivo, a técnica de pesquisa aplicada foi à revisão bibliográfica e documental. O recorte teórico central são os autores Costa Douzinas, Lorena de Melo Freitas e Benjamin Cardozo.

OS EFEITOS DO PÓS-POSITIVISMO NO PROCESSO PENAL, de autoria de Manoela Pereira Moser. Esta pesquisa tem por objetivo a análise dos efeitos do pós-positivismo, através dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, no âmbito do Processo Penal. Será realizado um estudo sobre o julgamento do AI no HC nº 239.363/PR, que declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP; e, aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como, o HC nº 152.752, que permitiu a execução da pena após a condenação em segundo grau. Por fim, procurar-se-á estabelecer quais os limites e os efeitos deste movimento para o Estado Democrático de Direito.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DOUTRINAS PENAL E TRIBUTÁRIA, de autoria de Jamir Calili Ribeiro. A doutrina tem asseverado a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. As doutrinas penal e tributária operam baseando-se em um conjunto de normas que elas nomeiam "princípios". A partir desta constatação, pretendeu-se defender a ideia de que as distinções entre princípios e regras não são necessárias para compreender o ordenamento jurídico e a sua aplicação, bastando compreender a noção interpretativa dada ao conceito de princípios sem que seja necessário contrapô-lo à ideia de regras. A hipótese que se defende é a de que as doutrinas penal e tributária tratam os princípios como rótulo para os direitos fundamentais.

REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Victor Colucci Neto. Analisa-se o processo de formação da decisão judicial à luz do realismo jurídico, movimento desenvolvido nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930, frente à clássica ideia formalista de que os juízes seriam mero aplicados do direito ao caso concreto. Apresenta-se neste trabalho a abordagem da influência das preferências político-ideológicas ou pessoais do juiz no processo decisório, analisando modelos de comportamento judicial. Expõe-se ideia acerca da harmonização entre realismo e formalismo jurídico e o modelo dual de julgamento. A pesquisa ora desenvolvida visa refletir sobre o que realmente ocorre no processo de tomada de decisão judicial.

Desejamos a todos uma bela e produtiva leitura!!

Inverno de 2019.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves - Universidade Federal de Goiás - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL

FROM BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION TO JUDICIALIZATION AND JUDICIAL ACTIVISM

Taysa Pacca Ferraz De Camargo [1]

Resumo

A presente pesquisa expõe a abrangência temática das normas constitucionais como indutor da ativa intervenção do Poder Judiciário quando provocado, em questões de grande impacto social, muito em razão da letargia dos demais Poderes da República. Analisar-se-á como tal abrangência contribui para a judicialização da política e consequentemente ao ativismo judicial, compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Constituição federal de 1988, Redemocratização, Normatividade, Judicialização, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This paper exposes the thematic broadness of Brazilian Federal Constitution as inductor of active intervention of the Judiciary when provoked, in questions of great social impact, due to the lethargy of the other Powers of the Republic. It will be analyzed how such scope contributes to the judicialization of politics and consequently to judicial activism, understood as a proactive stance of the Judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: 1988 brazilian federal constitution, Redemocratization, Normativity, Judicialization, Judicial activism

[1] Mestranda em Direito na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito Civil e Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Graduada em Direito. Advogada (taysapacca@gmail.com).

Introdução

O presente artigo versará sobre a judicialização e o ativismo judicial frente às decisões especialmente emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, e em qual proporção tais fenômenos estão amparados nos preceitos constitucionais.

O estudo apresentado é de contorno nacional, o que, todavia, não permite concluir que se trata de um fenômeno que ocorre apenas no Brasil, uma vez que vem ocorrendo nos tribunais constitucionais em diferentes partes do mundo[1].

O Supremo Tribunal Federal tem ocupado, nos últimos anos, um relevante espaço no cenário político e social do país. Essa centralização do Judiciário tem tornando os tribunais constitucionais protagonistas de polêmicas discussões políticas, sociais e até morais sobre os mais diversos e controvertidos temas de relevância nacional.

Tais fenômenos, no Brasil, merecem destaque pela sua grande extensão e volume de temas político-jurídicos de imensa repercussão social, decididos por onze ministros constitucionais, como, por exemplo, o caso das uniões homoafetivas; da interrupção da gestação de fetos anencefálicos; das cotas raciais; das pesquisas com células-tronco embrionárias; das mães gestantes encarceradas; do regime de cumprimento de pena; dentre outros, e tudo isso potencializado pela transmissão ao vivo dos julgamentos pela *TV Justiça*, que contribui para a transparência, controle social e para a democracia (BARROSO, 2012).

Assim, diante do crescente número de decisões proferidas pelo Judiciário em que se verifica uma postura proativa a fim de efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, cresce a discussão acerca da judicialização e do ativismo judicial, que tem rompido barreiras nas quais o Legislativo e o Executivo têm se mostrado prostrados e apáticos.

E, é neste cenário que transcende a normalidade das instituições, advindas das mais diversas circunstâncias, que reforçam a relevância do presente estudo.

Destarte, organizou-se esta pesquisa em quatro capítulos, nos quais serão abordados os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial como consequência da ampla constitucionalização dos direitos.

De início, trabalhar-se-á com a abrangente normatividade constitucional brasileira como consequência do processo de redemocratização do país.

[1] Luís Roberto Barroso exemplifica tal fenômeno, internacionalmente, com os casos: a eleição de 2000 dos Estados Unidos da América, no julgamento de *Bush v. Gore*, que foi decidido pela Suprema Corte; do Conselho Constitucional da França que legitimou a proibição do uso da burca; quando a Suprema Corte de Israel decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na divisa com o território palestino (BARROSO, 2012).

Na sequência, serão analisados os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Por fim, alicerçado nas visões críticas apresentadas, enveredar-se-á em como a judicialização e o ativismo judicial se mostram como fenômenos lógicos dos preceitos constitucionais e que acabam por ensejar uma mudança paradigmática no processo interpretativo das normas constitucionais.

Esta pesquisa foi elaborada com suporte no método hipotético-dedutivo e com apoio em pesquisas bibliográficas, periódicos científicos e julgados do Supremo Tribunal Federal.

1. A Constituição Federal de 1988

Os legisladores constituintes, em cada período histórico, incorporam às leis fundamentais aquilo que no período correspondente se consagrou como ideário da época, ostentando, inevitavelmente, preceitos progressistas e humanitários, tendentes à Justiça Social (MELLO, 2015).

A Constituição é a transformação desses ideais em regras impositivas aos cidadãos e ao Poder Público, uma vez que se apresenta como um complexo de normas jurídicas e não apenas um ideário (MELLO, 2015).

Dessa forma, a Constituição é concebida como um sistema dinâmico e aberto que se relaciona diretamente com a realidade fática que visa a normatizar, de modo que as mudanças e alterações sociais refletem diretamente no ordenamento jurídico que deve acompanhar essas transformações (MEYER-PFLUG; BRAGA, 2011). Assim, é possível inferir que a norma submete-se à realidade fática (HESSE, 1991).

Essa subordinação da norma à realidade se dá em razão da condição de eficácia da Constituição, cuja base é justamente a coincidência de realidade e norma (HESSE, 1991).

Konrad Hesse assevera que a norma constitucional não tem existência autônoma na realidade. Ela depende da pretensão de eficácia das normas constitucionais, isto é, a sua essência depende da concretização na realidade da situação por ela regulada (HESSE, 1991).

A separação entre realidade e norma não tem sentido, logo, as duas devem ser analisadas conjuntamente. Isso porque a ênfase em apenas um desses elementos pode causar

uma realidade sem apreciação normativa, além de uma norma jurídica utópica sem relação com a realidade (HESSE, 1991).

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 ilustra um símbolo de sucesso na realidade histórica brasileira, uma vez que marca a transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático e Social de Direito.

A Carta Magna de 1988 foi uma resposta ao período ditatorial vivido. Depois de um período de privação de direitos, a Lei Maior veio repleta de direitos e garantias fundamentais, a fim de acabar com as marcas deixadas pelo autoritarismo.

Justamente por isso ela é carregada com direitos compreendidos na tarefa de redemocratização do país e sobrecarregada com aspirações relativas à superação do autoritarismo e da profunda desigualdade social produzida ao longo de sua história (BUCCI, 2006).

Vislumbrando essa redemocratização, o constituinte de 1988 quis criar uma Constituição democrática, sendo, inclusive, chamada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), Ulysses Guimarães, de *Constituição Cidadã*. Dessa forma, desde o Preâmbulo a Carta Magna já deixa evidente a sua legitimidade democrática ao mencionar que ela foi elaborada e promulgada por representantes do povo[2]. E, logo em seu primeiro artigo afirma que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito[3].

O processo constituinte brasileiro teve como protagonista uma sociedade civil que amargara anos de autoritarismo e, na saudável euforia de recuperação de direitos e liberdades fundamentais, houve notável exercício de participação popular, representando seu caráter democrático, que fez com que o texto constitucional expressasse uma vasta mistura de legítimas reivindicações da sociedade. Essa participação ampla e os interesses múltiplos geraram um produto final extremamente extenso e heterogêneo, visto que a Constituição brasileira de 1988 trata de vários assuntos e de maneira excessivamente detalhista.

---

[2] CF/88: PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

[3] CF/88: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
I - a soberania;
II - a cidadania
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Essa redação mais extensa e detalhada dos direitos e garantias fundamentais assenta-se como forma de garantir um constitucionalismo forte, a fim de evitar atitudes arbitrárias por qualquer dos Poderes.

Depreende-se que esse caráter extenso e detalhista deriva do medo do retorno ao arbítrio, ainda recente na memória nacional.

Assevera Maria Paula Dallari Bucci que o texto constitucional ultrapassou os limites da simples estruturação do poder e das liberdades públicas e passou a tratar também dos direitos fundamentais em sentido amplo (BUCCI, 2006).

O Estado torna-se, assim, um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento, e não apenas o mero crescimento, mas a elevação e a realização de justiça social.

Dessa forma, consolidou-se o Estado Democrático e Social de Direito, definido por Carlos Ari Sundfeld como "o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social" (SUNDFELD, 2009).

Nesse contexto, a Constituição passa a valer como norma jurídica, ou seja, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, mas, também, estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado (BARROSO, 2012).

Sendo a Constituição um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e também para os indivíduos, ao dispor sobre a segurança aos direitos fundamentais e à justiça social, o faz imperativamente para constituir o Estado no indeclinável dever jurídico de assegurá-los.

São os direitos fundamentais com olhos à justiça social que irão balizar todas as ações do Estado, ou seja, todos os planos de governo, programas e políticas públicas, que deverão sempre seguir os valores e princípios insculpidos por esses direitos.

Nesse panorama, a Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.649, citou em seu voto o constitucionalista José Afonso da Silva, explicitando a responsabilidade estatal na concretização desses direitos:

> E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que "O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar', tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo

> desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico" (ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 08/05/2008, Plenário, DJe de 17/10/2008).

Após o advento da Constituição de 1988, evidenciou-se a busca da sociedade pela efetivação de seus direitos através da constitucionalização dos direitos fundamentais e sociais, onde o Estado elege os valores mais relevantes da sociedade que o forma.

Essa constitucionalização do Direito demonstra o fato de a Constituição incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito, uma vez que a Constituição não se limita mais, como no passado, a dispor apenas sobre os princípios fundamentais do Estado, a elaborar um catálogo de direitos fundamentais, a definir as competências das instituições públicas mais importantes e a prever o modo de sua revisão. Ela vem reger e assegurar praticamente todos os aspectos da vida jurídica, dando lugar ao sentimento de que não há fronteiras à extensão do seu domínio, dando a impressão de que tudo, ou quase tudo, pode ser objeto de normas constitucionais.

Esse fenômeno de constitucionalização está associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, cuja força normativa se irradia por todo o sistema jurídico.

É no texto da Constituição, fundamento de todo ordenamento jurídico, que o Estado irá buscar a direção de toda a sua atividade, principalmente no que diz respeito à efetivação das condições essenciais para o pleno desenvolvimento dos potenciais humanos.

Dessa forma, o Poder Público deve adotar uma posição proativa frente às necessidades coletivas, buscando assegurar os direitos fundamentais e a justiça social.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior leciona que:

> Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

Destaque-se que o artigo 102, *caput*, da Magna Carta[4], confere precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, que implica, em último caso, no reconhecimento de ser o Supremo Tribunal Federal que diz aquilo que diz a Constituição. Ou seja, é a Suprema Corte brasileira que dita a semântica jurídica e social dos símbolos gráficos inscritos formalmente no texto constitucional e dele extrai outros que lhe são inerentes, embora nele não verbalizados.

A Constituição de 1988, especialmente no tocante à competência do Supremo Tribunal Federal e ao exercício da jurisdição constitucional, consolidou uma justiça constitucional autônoma, capaz de colocar fim a eventuais conflitos sociais ou entre os Poderes e também zelar pela preservação e aplicação das normas constitucionais, especialmente às relativas aos direitos e garantias fundamentais (MARQUES; BRAGA, 2018).

Nesse cenário, assegura Eros Roberto Grau que:

> O intérprete da Constituição não se movimenta no mundo das abstrações, frequentando intimamente a constituição do povo ao qual ela corresponde, ainda que em geral o faça sem plena consciência disso. A práxis da interpretação constitucional praticada pelo Poder Judiciário ocorre no plano da realidade político-social, no qual a separação entre a dimensão textual e a dimensão normativa da Constituição desafia a generalidade das exposições hermenêutico-jurídicas ancoradas na teoria da subsunção. Ainda que afirmá-lo desafia a doutrina e escandalize nossos constitucionalistas mais bem-comportados, o fato é que a Constituição formal está sendo, enquanto norma, cotidianamente reelaborada, re-produzida. Adquire força normativa apenas na medida em que isso se dê.
> Dizendo-o de outro modo: o texto constitucional regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção na realidade histórica (GRAU, 2016).

Tal comportamento está amparado no direito constitucional de acesso à justiça, expresso no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que determina que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Desse modo, a função do Poder Judiciário no Brasil recebe especial importância, uma vez que a Constituição Federal não apenas garante que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas também procura garantir a eficácia e prestação desses direitos em benefício dos jurisdicionados.

[4] CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

E é aí que surge uma forma ativista de interpretação e julgamento por parte do Poder Judiciário, no sentido de aumentar suas atribuições em detrimento dos outros Poderes, sob a justificativa de que o que mais importa é a real efetivação dos direitos fundamentais, muitas vezes negligenciados pelos outros Poderes.

Cabe observar que cada órgão do Poder, ou seja, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, exerce, preponderantemente, uma função, e, secundariamente, as duas outras. Da preponderância advém a tipicidade da função, e da secundariedade, a atipicidade. Ou seja, as funções típicas do Legislativo é legislar, do Executivo é executar e do Judiciário é julgar, todavia, atipicamente, podem exercer funções do outro poder (TEMER, 2008).

Assim, diante da constatação do vazio legal referente a diversas matérias que não são enfrentadas pelo Poder Legislativo, acaba por concentrar nas mãos do Poder Judiciário funções que lhe seriam atípicas.

2. A judicialização

O fenômeno da judicialização funda-se no crescente deslocamento de conflitos políticos e sociais das esferas tradicionais, Legislativo e Executivo, para a esfera judicial (RIOS-FIGUEROA; TAYLOR, 2006).

Segundo Luís Roberto Barroso, a judicialização consiste em uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo, isso porque questões relevantes e de grande repercussão do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2015).

Nesse processo, o Poder Judiciário se torna um dos principais atores e condutores no cenário institucional, uma vez que tem concedido tutela jurisdicional para direitos consagrados no ordenamento pátrio, principalmente os relacionados aos direitos sociais.

Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser *atribuídos* aos cidadãos, uma vez que são elevados à condição de direitos constitucionais e, por isso, requerem prestações positivas do Estado através de um amplo rol de políticas públicas dirigidas à sociedade.

Segundo Robert Alexy, os direitos sociais são considerados como direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos, e caracterizam-se como direitos a prestações sociais estatais. Há, pois, uma exigência em face do Estado, no sentido de que ele preste políticas públicas a fim de efetivar esses direitos, impondo-se ao Estado uma obrigação de fazer, isto é, uma atuação positiva (ALEXY, 1999).

Dessa forma, esses direitos sociais, culturais e econômicos representam uma mudança de paradigma, visto que modificam a postura abstencionista do Estado para um enfoque prestacional, com vistas à efetiva concretização desses direitos.

A não concretização desses direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 desperta o interesse de uma atuação judicial visando sua implementação, conforme se depreende do trecho da ementa do julgado ARE 639.337, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

> DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.
> - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.
> - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, (...), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. (ARE 639.337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14/09/2011 PUBLIC. 15-09-2011 EMENT. VOL-02587-01 PP-00125).

Ou seja, a omissão de um dos Poderes em adotar medidas necessárias à realização concreta dos preceitos elencados na Constituição, de modo a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, provoca legitimamente o fenômeno da judicialização.

Tal fenômeno ocorre porque o Judiciário é chamado a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.

Observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho que este fenômeno vem ganhando cada vez mais força porque o Poder Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes "políticos" Legislativo e Executivo perderam (FERREIRA FILHO, 1996).

Para o autor, o próprio legislador constituinte assumiu essa posição de descrença ao prever a Inconstitucionalidade por Omissão, o Mandato de Injunção, os inúmeros prazos para a edição de leis, afora a preordenação do conteúdo destas leis, para vigorar até que venha a lei regulamentadora, dentre outros, demonstram, de certa forma, que o constituinte não acreditava no trabalho do legislador ordinário. Todavia, esse descrédito não abrange o juiz, que não é eleito, e sim selecionado por meio de um concurso público, e que está adstrito à imparcialidade e à independência, sendo, por isso, a melhor pessoa para decidir matérias importantes (FERREIRA FILHO, 1996).

Além disso, o processo judicial assegura a manifestação de diversas opiniões, amparado pelo Princípio do Contraditório, que faz com que as decisões sejam reexaminadas em nível superior, supondo-se, assim, que sejam decisões corretas (FERREIRA FILHO, 1996).

Essa confiança depositada pela sociedade no Poder Judiciário, bem como a conscientização política de seus cidadãos, intensificou a procura por este Poder, de modo que questões de relevância política e social, anteriormente solucionadas apenas pelas instâncias políticas tradicionais, Legislativo e Executivo, agora estão sendo paulatinamente transferidas ao Judiciário.

Dessa forma, a judicialização contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes, uma vez que a jurisdição constitucional torna-se parte integrante do processo de formulação e efetivação de direitos e políticas públicas, de modo que vem se mostrando como um desdobramento das democracias contemporâneas.

Esse processo de judicialização de diversas questões da vida em sociedade reforça cada vez mais o vínculo existente entre Política e Direito e pressupõe uma democracia mais judicializada, uma vez que encontra no Poder Judiciário a necessária força regulatória e dinamizadora (MARQUES; BRAGA, 2018).

3. O ativismo judicial

O ativismo judicial indica uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes (BARROSO, 2015).

Elival da Silva Ramos entende o ativismo judicial como sendo o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo conflitos de interesses e conflitos normativos.

Segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial é uma atitude, isto é, uma ação e não um fato, insculpido na escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo, assim, o seu sentido e alcance (BARROSO, 2008).

É a atitude do Poder Judiciário em interferir nas ações dos outros dois Poderes quando forem considerados omissos ou ineficazes. Ou seja, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes (BARROSO, 2012).

Consiste, pois, na possibilidade de ampliar a interpretação constitucional, criando normas em casos concretos, como se fossem legisladores, ou restringindo leis no caso de serem consideradas inconstitucionais.

Assim, o ativismo judicial refere-se à extrapolação das linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento das funções legislativa e administrativa. Todavia, não se trata do exercício desabrido da legiferação, mas, sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2015).

Desse modo, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas: na aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008).

Portanto, o ativismo judicial representa um movimento intenso do juiz (intérprete) na decodificação da Constituição Federal e na potencialização do sentido das

normas, uma forma de contorno ao processo político quando este fica inerte às necessidades da sociedade.

Segundo Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial pode ter uma conceituação mais ampla, que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações em que os limites impostos pelo legislador ou pelos precedentes vinculantes são ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional (RAMOS, 2015).

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes entende que é preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: o ativismo judicial inovador (criação, pelo juiz, de uma norma ou de um direito) e o ativismo judicial revelador (criação, pelo juiz, de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa). Neste último caso, o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, mas, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa (GOMES, 2009).

Dessa forma, o ativismo judicial proporciona a adaptação do Direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao *passivismo*, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria à estratificação dos padrões de conduta normativa já consagrados (RAMOS, 2015).

4. Da Constituição Federal à judicialização e ao ativismo judicial

A experiência brasileira, na qual o Legislativo e o Executivo vêm se eximindo de definir parâmetros para questões políticas e sociais, parece indicar salutar a possibilidade de utilização dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, na qual o Judiciário, no exercício de sua típica função, passa a definir questões mal versadas pelos demais Poderes, sendo, no mais das vezes, a única via pela qual o interessado consegue atingir o direito que a Constituição Federal lhe garante.

Tais fenômenos de judicialização e ativismo judicial têm diversas causas, mas Luís Roberto Barroso aponta quais seriam as três principais: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

O processo de redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao devolver à magistratura suas garantias e ao

reavivar na sociedade o espírito da cidadania, fortaleceu o Poder Judiciário e aumentou a demanda por justiça. Dessa forma, o Judiciário deixou de ser um Poder técnico-especializado e se transformou em um Poder Político, com força para fazer valer a Constituição e as demais leis. Diante desse cenário, a sociedade passou a buscar com mais frequência a proteção de seus direitos (BARROSO, 2008).

A constitucionalização abrangente e extensa trouxe para o bojo da Constituição Federal inúmeras matérias que até então eram de decisão exclusiva da política majoritária e legislação ordinária. O receio de um retorno ao regime ditatorial fez com que o legislador constituinte procurasse inserir o máximo de garantias no texto constitucional. Porém, constitucionalizar determinada matéria significa transformar Política em Direito. Dessa forma, na medida em que uma matéria é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma em uma pretensão jurídica, passível de ação judicial (BARROSO, 2008).

Foi a Constituição de 1988 a responsável pela ampliação de direitos civis e políticos (primeira dimensão); sociais, culturais e econômicos (segunda dimensão) e os de terceira dimensão, como os direitos do consumidor, meio ambiente, qualidade de vida, dentre outros. Devido a esse fato, a redemocratização e o novo marco constitucional tendem a aumentar as expectativas dos cidadãos em verem efetivamente cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição Federal, de tal forma que, a omissão na execução de políticas públicas ou sua ineficiência, pode se transformar em motivo de recurso aos tribunais, através dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Além disso, tem-se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é uma mistura dos sistemas americano e europeu, uma vez que congrega o *controle incidental e difuso* (modelo americano), pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode, no caso concreto, deixar de aplicar uma lei por achá-la inconstitucional, e o *concentrado* (modelo europeu), por meio do qual o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo (BARROSO, 2008).

Barroso ainda chama a atenção ao direito de propositura amplo, previsto no artigo 103, da Carta Magna, pelo qual inúmeros órgãos e entidades públicas e privadas podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, praticamente qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2008).

Observa-se, portanto, que a judicialização, bem como o ativismo judicial, não são uma escolha do Poder Judiciário, mas uma consequência do modelo institucional vigente, no qual o Supremo Tribunal Federal é provocado a decidir e exerce essa função. O sistema brasileiro não admite que a Corte Suprema não decida determinado caso, visto que ela não

poderia ser compelida a legitimar aquilo que ela não considera inconstitucional, isso porque o papel do Judiciário é justamente preservar o processo democrático e promover os valores constitucionais.

Isto porque, em um Estado Democrático e Social de Direito o mais importante é a satisfatória prestação da missão que o Estado se reservou a observar, sob pena de sua omissão gerar um vácuo de poder e inobservância da garantia de direitos.

A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário foi favorecida pela Constituição Federal de 1988 ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático e Social de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, que viabilizaram procedimentos interpretativos de legitimação às aspirações sociais.

Dessarte, foi a Constituição de 1988 que, consciente ou inconscientemente, determinou ampla e visível utilização dos processos de judicialização e ativismo judicial, devido a sua redação muitas vezes inadequada, visto que aprecia fórmulas genéricas e de conteúdo indeterminado, como, por exemplo, as expressões *sadia qualidade de vida* e *recursos necessários ao bem-estar*, dentre outras. Assim, força a apreciações valorativas que evidentemente envolvem um grande subjetivismo.

Em comento a este subjetivismo alerta Luís Roberto Barroso:

> Mas a Constituição se utiliza, igualmente, de inúmeras cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Calamidade pública, relevância e urgência ou crime político são conceitos que transmitem uma ideia inicial de sentido, mas que precisam ser integrados à luz dos elementos do caso concreto. E, em relação a eles, embora possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar, é indiscutível que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão refugir a algum grau de subjetividade. O fenômeno se repete com maior intensidade quando se trate de princípios constitucionais, com sua intensa carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, moralidade administrativa ou solidariedade social. Também aqui será impossível falar em sentidos claros e unívocos. Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o Direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel (BARROSO, 2015).

Ou seja, o texto constitucional ao incorporar princípios e normas de sentido aberto abriu espaço para interpretações construtivistas pelo Poder Judiciário.

Essas novas formas de interpretação jurídica à luz da Constituição, possibilitam, ao magistrado, uma maior liberdade ao interpretar a norma, extravasando a conhecida máxima de que os juízes deveriam ser "*la bouche de la loi*" ("boca da lei"), no sentido de que deveriam apenas aplicar, de forma mecânica, as leis editadas pelo Legislativo, ou seja, a função do juiz era apenas a de encaixar um caso concreto a uma norma abstrata, sem lhe acrescentar nenhum juízo de valor. Todavia, com o avanço do direito constitucional, tal premissa de interpretação tradicional deixou de ser totalmente satisfatória, uma vez que se verificou que a solução dos problemas jurídicos nem sempre encontra relato abstrato no texto normativo.

É certo, pois, que a judicialização e o ativismo judicial demonstram comportamentos deliberadamente eleitos pelo julgador ao decidir uma questão supostamente em prol da (interpretação da) Constituição Federal, decisão na qual costuma agir de modo "criativo", todavia, deve-se tomar muito cuidado para que não se fomente a discricionariedade judicial "em nome" da Constituição.

Entretanto, tais riscos se atenuam caso juízes e tribunais se atenham à interpretação e aplicação da Constituição e das leis, não atuando por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular, uma vez que são representantes e intérpretes das leis, estas elaboradas por representantes eleitos diretamente pelo povo.

Eros Roberto Grau ensina a diferença entre interpretação e discricionariedade:

> Interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos.
>
> O juiz mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, não produz normas livremente. Qualquer intérprete, assim como todo juiz, estará sempre vinculado pelos textos normativos. A abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto. Eis a primeira razão pela qual nego a chamada discricionariedade judicial.
>
> Além disso, outra razão me impele a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico possa exercer certa discricionariedade. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja o juiz

> meramente a boca que pronuncia as palavras da lei, sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade. A discricionariedade é exercitada em campo onde se formulam juízos de oportunidade (= escolha entre indiferentes jurídicos), exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação.
> O que algumas vezes se tem denominado discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre tais juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente, ao passo que o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e pelos fatos (GRAU, 2016).

Assim, o Poder Judiciário brasileiro assume um papel ativo na arena social, uma vez que os instrumentos políticos de ações governamentais cedem, cada vez mais, espaço aos instrumentos judiciais de controle de políticas públicas.

E é cada vez mais nítido que a sociedade busca menos seus representantes políticos, com o objetivo de desenvolver medidas sociais, e muito mais o Poder Judiciário que impõe medidas coercitivas para fazer valer preceitos constitucionais que são cotidianamente negligenciados pelo Poder Público.

Portanto, o grande avanço da política às bancadas da Suprema Corte, é, primordialmente, consequência lógica do texto constitucional ao incorporar princípios, normas e expressões de sentidos vagos e abrangentes, que viabilizaram o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, através dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Conclusão

Após o advento da Constituição Federal de 1988, amparado pela crescente necessidade de preservação dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais ali inseridos, e frente à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário veio a assumir contornos mais amplos, extrapolando suas típicas funções, pois suas decisões passaram a adentrar, cada vez mais, em questões de natureza política, que eram tomadas predominantemente pelos demais Poderes.

O Judiciário, desta forma, passou a interferir na política através dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial para fazer valer a Constituição Federal e os direitos fundamentais por ela assegurados.

Cumpre, aqui, ressaltar a diferenciação entre esses dois fenômenos. A judicialização mostra-se como uma consequência natural do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que consiste em uma reação (atitude proativa) do Poder Judiciário à omissão ou ineficácia dos Poderes Legislativo e Executivo, que deixaram de responder adequadamente aos anseios sociais. Dessa forma, o Judiciário passa a prolatar decisões em casos com questões relevantes, fundamentadas na própria Constituição Federal, visto que não cabe ao Judiciário deixar de julgar o caso tendo em vista o princípio do acesso à Justiça.

Já o ativismo judicial decorre de uma ação altamente proativa do Poder Judiciário, apoiado na ampla interpretação das normas constitucionais, com expansão de seu alcance e sentido. Dessa forma, ocorre a ampliação do poder conferido ao Judiciário, a fim de se concretizar efetivamente os valores constitucionais. No ativismo há exercício deliberado de vontade política, uma vez que o juiz, ao julgar, valendo-se de novas teorias interpretativas, amplia o alcance da normatividade constitucional para preencher o vazio deixado pelos demais Poderes.

Tais atitudes proativas por parte do Judiciário ocorrem diante da retração dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos direitos fundamentais e efetivação das políticas públicas, fazendo com que o Poder Judiciário assuma relevante papel de transformação do ideário constitucional em realidade.

Muitas vezes, para efetivar os direitos dos indivíduos é necessário que o julgador ultrapasse o liame da mera aplicação estrita da lei, antevendo os resultados concretos de sua decisão, adotando uma postura proativa a fim de efetivar a expectativa de justiça que pesa sobre a jurisdição inafastável do Poder Judiciário.

Essa atitude do Poder Judiciário recebe especial importância e está integralmente amparada na Constituição Federal, que não apenas garante que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas também procura garantir a eficácia e prestação desses direitos em benefício dos jurisdicionados. E isso somado à norma que o juiz não se eximirá de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico[5]. Ou seja, o sistema brasileiro não admite que não se decida

[5] CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

determinado caso, isso porque o papel do Judiciário é justamente preservar o processo democrático e promover os valores constitucionais.

Diante das omissões dos demais Poderes que deixam o cidadão impossibilitado de exercer e assegurar seus direitos, não é viável que os juízes se eximam da responsabilidade de decidir o caso através da judicialização e do ativismo judicial, uma vez que o que mais importa é a concretização dos direitos fundamentais e sociais, sendo não só legítima como também necessária essa atuação proativa do julgador.

Dessa forma, a judicialização e o ativismo judicial se mostram como uma necessidade, não sendo plausível que se exija do cidadão o aguardo da atividade do Poder que teria a função típica de cumprir tal obrigação.

Portanto, tais fenômenos se mostram como mecanismos a favor da justiça social e da democracia, na medida em que proporcionam a efetivação de direitos renegados pelos outros Poderes e, justamente por isso, ainda que de modo implícito, encontram amparo nos abrangentes e vagos preceitos constitucionais.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro. 1999.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

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

____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

____. *Direito e política: a tênue fronteira ou judicialização, ativismo judicial e democracia*, 2012. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI156926,41046-Direito+e+politica+a+tenue+fronteira+ou+judicializacao+ativismo>. Acesso em 03 de março de 2019.

____. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*, 2012. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-

content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em 03 de março de 2019.

____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2008. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 03 de março de 2019.

____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em 03 de março de 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 04 de março de 2019.

____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 de março de 2019.

____. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 2.649, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/05/2008, DJe PUBLIC 17/10/2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em 20 de março de 2019.

____. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 1.458-7. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/05/1996, DJe PUBLIC 20/09/1996. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347068>. Acesso em 20 de março de 2019.

____. *Supremo Tribunal Federal*. ARE 639.337 AgR/ Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14/09/2011 PUBLIC. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 04 de março de 2019.

____. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 45-9, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, DJ 29/04/2004. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em 04 de março de 2019.

____. *Supremo Tribunal Federal*. RE 628.159-AgR, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 25.6.2013. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4323920>. Acesso em 05 de março de 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. Revista: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas*. Revista: Políticas Públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?*. Revista de Direito da USP nº 21, 1994, disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21>. Acesso em 20 de março de 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Constituição de 1988 e a judicialização da política*. In.: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. v. 12. 1996. Disponível em: <file:///C:/Users/Taysa%20Pacca/Downloads/69181-285962-1-PB.pdf>. Acesso em 20 de março de 2019.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes? (a interpretação/ aplicação do direito e os princípios)*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?*, 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em 04 de março de 2019.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, 1991. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4361681/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20%20-%20Hesse.pdf>. Acesso em 04 de março de 2019.

MARQUES, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug; BRAGA, Sérgio Pereira. *A jurisdição constitucional pós-Constituição de 1988*. In.: Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito: homenagem ao professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2015.

____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2003.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; e BRAGA, Sérgio Pereira. *O ativismo judicial e o Conselho Nacional de Justiça*. Revista: Justiça, Empresa e Sustentabilidade v. 1. Justiça e [o paradigma da] eficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR; Matthew M. I*nstitutional determinants of the judicialisation of policy in Brazil and Mexico*. Journal of Latin American Studies. Reino Unido: Cambridge University Press. 2006. Disponível em: <http://investigadores.cide.edu/julio.rios/papers/Rios-Figueroa%20and%20Taylor%20JLAS%202006.pdf>. Acesso em 20 de março de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2013.

TATE, Chester Neal.; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power. Nova Iorque: New York University Press. 1995. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=6TECJQAACAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 20 de março de 2019.

TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.