

A RESSIGNIFICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL PELA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE RESIGNIFICATION OF JUDICIAL ACTIVISM BY THE EVOLUTION OF JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT



Recebimento em 12/03/2021

Aceito em 20/04/2021

Felipe Viégas¹

RESUMO

De há muito cresce a tensão entre os Poderes da República, fruto da problemática separação funcional das instituições democráticas. Os interesses políticos dos destinatários das decisões judiciais, em muitos dos casos, são diametralmente opostos, o que torna dificultosa a delimitação da atuação funcional de cada Poder. Nesse contexto, o presente estudo objetiva trazer uma nova visão ao instituto do ativismo judicial. Embora, tradicionalmente, o termo “ativismo judicial” remeta a conotação negativa sobre um possível excesso da atuação do Judiciário, ver-se-á que nem toda decisão judicial que interfira, em certa medida, em funções típicas de outros Poderes, é uma decisão negativamente ativista. Essa visão contemporânea do ativismo judicial, inclusive, vem sendo progressivamente solidificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The tension between the Powers of the Republic has long been growing, the result of the problematic functional separation of democratic institutions. The political interests of the recipients of judicial decisions, in many cases, are diametrically opposed, which makes it difficult to delimit the functional performance of each branch. In this context, the present study aims to bring a new vision to the institute of judicial activism. Although, traditionally, the term “judicial activism” refers to the negative connotation about a possible excess of the Judiciary's performance, it will be seen that not every judicial decision that interferes, to a certain extent, in typical functions of other Powers, is a decision negatively activist. This contemporary view of judicial activism, in fact, has been progressively solidified in the jurisprudence of the Supreme Federal Court.

Keywords: Judicial activism. Judicial power. Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

É tarefa complexa definir o que é ativismo, identificar num julgado quando há ou não uma decisão efetivamente ativista. Porém, há de se ressaltar que o aumento da criatividade da jurisdição constitucional – digamos assim -, sobretudo na resolução de questões estruturais, não

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito Ambiental, Administrativo e Econômico pela UNIVALE e em Direito Público pela ESMAPÉ. Graduado em Comunicação Social pela UNICAP. Advogado da União da Advocacia-Geral da União (AGU). Coordenador-Geral de Atos Normativos e Matérias Residuais da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), no Ministério da Economia.

deriva de nenhum “*Big Bang*” democrático. Ele advém, dentre outras questões a seguir analisadas, da natural conquista de espaço pelo Judiciário quando os demais Poderes estão enfraquecidos, seja no âmbito institucional, jus-político ou mesmo no reconhecimento popular.

O termo “ativismo judicial”, tal como atualmente difundido, teve nascedouro em terras norte-americanas, na forma do “*judicial activism*”. Conquanto a ideia de ativismo seja recente, a noção da atuação contramajoritária é inata da jurisdição constitucional, como se demonstrará neste trabalho. Para introduzir a imersão no tema, Branco (2011, p. 389) expõe uma didática síntese histórica sobre a origem do ativismo judicial:

A própria nomenclatura *judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a Fortune, “entre propagandas de whisky e Aqya Vekva”. O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947. Não estava motivado por nenhum propósito de declinar alguma teoria do papel do Judiciário; ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito nas questões levadas ao Tribunal. Tratava-se, pois, de um relato de mexericos com o evidente intuito de cativar um público leigo, convidado a reconsiderar a reverência por uma instituição que era pouco conhecida na sua intimidade.

Observa-se, então, que o uso embrionário do termo ocorreu sem qualquer base conceitual ou metodológica. Isto é, o ativismo judicial, desde o seu emprego incipiente, não teve o condão de adjetivar, seja pejorativamente ou não, um modo de atuação da jurisdição para além das suas competências constitucionais. Mas, afinal, decisões ativistas são boas ou ruins? Trata-se de fenômeno neutro ou que merece receber um juízo moral? O ativismo do Judiciário é um fato de direita, de esquerda ou neutro?

Barroso (2008, p. 25-66) faz interessante reflexão sobre as razões de aumento da ingerência do Judiciário no enfrentamento de casos que abordam políticas públicas:

Nos últimos vinte anos, o Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. Já não passa despercebido nem é visto com indiferença ou distanciamento. Há mais de uma razão para esse fenômeno. A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses.

Neste diapasão, será objetivo basilar deste trabalho delinear o modo de se preservar a separação dos Poderes quando da execução das medidas estruturantes. É dizer, de que forma as determinações do Judiciário para que sejam emanados atos administrativos ou normativos serão fiscalizados? Se no tradicional estudo doutrinário sobre o ativismo judicial já se indicava a possibilidade de tensão entre os Poderes, maior será a complexidade na análise do Estado de Coisas Inconstitucional - ECI, que permite ao Judiciário uma interferência institucional em todas as esferas de Poder, estados, órgãos e autoridades públicas.

A fixação desses limites, desafio de extrema relevância atual, será, inclusive, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões estruturais vindouras em que expressamente se reconhecer a aplicabilidade da tese em processos que demandem reformas estruturais, a exemplo do que se viu no reconhecimento, pelo Supremo, do referido ECI na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF.

Forçoso, pois, no contexto embrionariamente apresentado, que o escopo de aplicação da tese seja delimitado, porquanto a utilização da tutela jurisdicional para a correção generalizada de todas as hipóteses de lesão à direito subverte a própria razão de existir do instituto, tornando-o,

ao fim e ao cabo, um mecanismo sem eficácia. Outrossim, o ensaio em azo apresentará os desafios do “*structural litigation*”, a partir da abordagem de diversos temas que tangenciam a problemática, como a remodelagem da separação dos poderes, a autocontenção do Poder Judiciário, a atuação contramajoritária dos Tribunais e os pressupostos mínimos exigíveis para a aplicação das sentenças estruturais.

2 RAIÓ-X DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO COMPARADO

A análise comparativa entre a forma de atuação das instituições nos sistemas jurídicos não exige apenas o conhecimento da legislação comparada, mas também o conhecimento da história constitucional comparada, na medida em que a completude do estudo confrontado pressupõe também a análise de textos constitucionais históricos, inclusive suas doutrinas e jurisprudências.

Sob esse espectro, a ilação dedutiva de Dantas (2010, p. 51) é assaz coerente. Quando se estuda a atuação do Judiciário com base no direito alienígena, é rápida a constatação de que o fenômeno não pode ser observado a partir de uma simples comparação entre as legislações brasileira e estrangeira, mas notadamente por intermédio da análise histórica da produção normativa e interpretativa da atuação concreta das Cortes judiciais dos países comparados.²

Neste diapasão, tem-se que, na grande maioria dos países de origem Romano-Germânico, a exemplo de Portugal, Espanha, Itália, Alemanha e França, as decisões judiciais não se enquadram como fonte formal do direito de caráter geral, haja vista a preponderância da lei na aplicação do direito. Em verdade, nos países que adotam a lei (em sentido amplo) como centro do sistema jurídico, as decisões judiciais devem prestar observância às normas criadas por aquele que possui legitimidade constitucional para instituir direitos e impor deveres aos administrados: o Poder Legislativo (BRANCO, 2016, p. 129).

Sobre essa característica típica da família Romano-Germânico, que espelha o modo de ação no sistema *civil law*, pontuou Ramos (2010, p. 105) que a amplitude da jurisprudência é mais suscetível de restrição, razão pela qual os estados romano-germânicos amoldam-se em sentido inverso aos países da família *common law*. Ramos corrobora com o pensamento de que os países integrantes do sistema *civil law* devem respeitar o que é fixado nas regras e princípios que conduzem o estado de direito, papel que, em tese, reduziria a atuação Poder Judiciário à função de mera boca da lei (“*La bouche de La loi*”).

Destarte, a consolidação do sistema *civil law* na família romanista, fruto da própria positivação do direito, teve a sua construção histórica sintetizada por Cortês (2016, p. 321), segundo o qual “o positivismo no século XIX nasceu como a doutrina que valorizava o direito positivo, o direito posto pelo Estado soberano, que concebia a lei como fonte do direito”.

Após trazer um apanhado cronológico da positivação de direitos, Cortês demonstra que no fim do século XIX o positivismo até então defendido começou a sofrer fortes críticas dos juristas e filósofos que pregavam a efetivação dos direitos fundamentais (pós-segunda guerra mundial), refletindo na deflagração massiva de pleitos sociais e serviu como fator determinante para a criação das hoje conhecidas teorias pós-positivistas.

Sem embargo, ainda que o pós-positivismo seja caracterizado como o período de mudança de paradigma hermenêutica no papel dos juízes, Souza (2010, p. 101-135) noticia a chuva de críticas que a liberdade no papel da jurisdição recebeu da doutrina tradicionalista, que adota posições mais moderadas, contrárias ao até então conhecido “ativismo judicial”, todavia, embora se admita certa margem de interpretação do julgador dentro do que fora apresentado no

² Como forma de qualificar o debate em voga, serão apresentados os posicionamentos (contrários e favoráveis) sobre o fenômeno do ativismo judicial, a partir da contribuição dada pelos professores Ronald Dworkin, Robert Alexy, Han Hirschl, Jeremy Waldron, Luís Roberto Barroso e Paulo Gonet.

caso concreto, a exemplo do que vemos no reconstrutivismo de Dworkin e da teoria axiológica do direito de Alexy.

Entrementes, já adentrando no século XX, um dos mais expressivos referenciais teóricos para o sistema jurídico dos países da família Romano-Germânico foi o jurista Hans Kelsen, o qual, em resposta às novas correntes contrárias ao positivismo, contribuiu academicamente com a teoria avaliativa do direito. Kelsen (2007, p. 123), com o uso do enquadramento interpretativo, trabalhou a hierarquia das normas como forma de dar segurança à atividade interpretativa, possibilitando, ironicamente, o desenvolvimento da ideia de se alargar a margem interpretativa do julgador (fomentando o ativismo judicial) em face do próprio texto normativo pré-concebido.

Nessa trilha, percebe-se que o entendimento sobre o direito evoluiu durante os séculos, indo do jusnaturalismo, passando pelo positivismo e alcançando o pós-positivismo, gerando, ao fim e ao cabo, uma própria modificação do papel dos poderes que compõem o Estado quando da interpretação e aplicação das normas. Por este motivo, em diversos países romanistas o papel do Poder Judiciário foi ampliado, fazendo com que o fenômeno do ativismo judicial se tomasse a amplitude global.

Na França, o apego ao *civil law* é retrato do próprio movimento exegetico, período em que a sociedade francesa não dava crédito algum ao Poder Judiciário. Não havia, pela própria herança administrativista do país, um ambiente de prestígio do Poder Judiciário, a se tirar pela impossibilidade de o Poder Judiciário lançar mão do controle de constitucionalidade para reformar os atos emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo. No século XXI, foi mantida a mitigação da competência do Poder Judiciário no sistema jurídico francês, a se destacar pelo fato de que o controle de constitucionalidade praticado na França era realizado pelo Conselho Constitucional, órgão político ligado simultaneamente aos Poderes Executivo e Legislativo.

Fernandes (2011, p. 192), analisando a atual conjuntura política da França, destaca que o próprio sistema francês veiculava instrumentos de protagonismo do Judiciário, mormente pelas mudanças na Carta de 2008 que incluíram, por exemplo a possibilidade de órgão do Judiciário provocar o Conselho Constitucional e o respectivo controle de constitucionalidade.

Importante expoente da família Romano-Germânico, a Alemanha também detém fundamental destaque na análise do ativismo judicial, seja por ter criado o primeiro Tribunal Constitucional (1951), seja por representar o berço da teoria dos direitos fundamentais, pós-segunda guerra mundial. O sistema jurídico alemão identifica na sua Constituição a carta máxima garantidora da efetivação dos direitos fundamentais. Seria, pois, um sistema não apenas repleto de normas, mas também de valores que devem ser observados pelos aplicadores do direito.

A bem da verdade, não existiu, na Alemanha, uma real desconfiança com o seu Judiciário (como aconteceu na França) porquanto a própria sociedade alemã historicamente confere credibilidade ao conteúdo das decisões tomadas pelo seu Judiciário. A respeito da forma de atuação da Corte constitucional da federação alemã (*“Bundesverfassungsgericht”*), Mendes (1992, p. 474-478) pontua:

Há muito não se limita o Bundesverfassungsgericht a declarar, simplesmente, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. A par dessas técnicas clássicas de decisão e do especial significado emprestado à ‘interpretação conforme a Constituição’ (verfassungskonforme Auslegung), a Corte Constitucional Alemã desenvolveu determinadas variantes de decisões que conferem maior relevo à eterna discussão sobre o binômio ‘direito e política’. (...) A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o déficit de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos detonadores de uma mudança do papel desempenhado pela lei nos modernos sistemas constitucionais.

Não obstante os argumentos apresentados por Mendes, é de bom alvitre destacar que tal propósito dirigente dos direitos fundamentais não deve conduzir à violação da separação dos Poderes, motivo pelo qual são utilizados no direito alemão diversos instrumentos fomentadores do diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário, alguns, inclusive, importados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à Itália, país cujo Tribunal Constitucional fora criado em 1956, é possível destacar que a sua concepção vai ao encontro do que é atualmente praticado pela Corte Constitucional Alemã: a busca pelas decisões judiciais que interfira o mínimo possível no princípio da separação dos Poderes.

Para tanto, lança mão o Tribunal Constitucional Italiano, nos casos de controle de constitucionalidade das normas, das chamadas “interpretações conforme”, o que possibilita ao Poder Judiciário italiano fixar o seu entendimento a respeito de determinada norma sem alterá-la, preservando assim a relação de harmonia para com o Poder Legislativo. A esse respeito, esclarece Freitas (2010, p. 3): “A Justiça na Itália é prestada por duas diferentes esferas, ou seja, a Justiça Ordinária e a Justiça Administrativa. Fora do sistema judicial, porém com grande importância, há o Tribunal Constitucional e a Corte de Contas”.

Consoante afirmado, a atuação do Judiciário na Itália atingiu sobremaneira as decisões políticas do país, contudo, dentro dos limites estabelecidos ao Judiciário pela própria Constituição italiana e com a utilização de instrumentos menos prejudiciais à harmonia entre os Poderes (a exemplo das sentenças interpretativas e aditivas).

Por derradeiro, em relação à Espanha, verifica-se ter ocorrido uma performance extremamente atuante do Judiciário na organização política do país. O Tribunal Constitucional Espanhol (1978) possui características bem parecidas com o STF, porquanto age na garantia dos direitos fixados pelo Poder legiferante na Constituição, atuando, inclusive, nos casos de omissão de seu parlamento. Em estudo sobre a atuação da Corte Constitucional Espanhola, García de Enterría (2001, p. 207) constata que o Tribunal Constitucional, criado com a Constituição em 1978, absorve um elemento garantidor do consenso político inicial que culminou no novel instrumento constitucional. O Tribunal Constitucional, portanto, apresenta um “protagonismo da jurisdição constitucional na vida política”.

Dessume-se, pois, que a família do *common law* foi desenvolvida em sentido oposto ao da família do *civil law*. Aquela é facilmente identificada no sistema jurídico inglês e no estadunidense, países expoentes da família Anglo-Saxão e que publicizam maior projeção ao sistema *common law*, absolutamente voltado à observância dos entendimentos das Cortes judiciais. Em síntese, nos países que adotam o *common law*, a jurisprudência costuma ocupar o posto de fonte formal do direito com aspecto geral.

Na *common law* a atuação do Judiciário encontra sua origem histórica na própria importância que assume a jurisprudência como fonte primária de direitos, como destaca Barroso (2009, p. 27):

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott X Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast X Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown X Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda X Arizona, 1966) e mulheres (Richardson X Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold X Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe X Wade, 1973).

Vê-se, portanto, que a decisão judicial nos países anglo-saxônicos tem dupla função: fazer coisa julgada e ter valor de precedente *Stare decisis*. Essa ideia da força normativa dos precedentes é, sem dúvida, o grande marco diferenciador deste sistema jurídico com o *civil law* (fundado na observância à lei).

Ao se fazer um paralelo com a ideia do professor Elival, identifica-se que nos sistemas *common law* a jurisprudência constitui fonte formal do direito, pois são elas que moldam os quadros nos quais as decisões judiciais devem se mover, semelhante ao que ocorre com a constituição e as leis no *civil law*. Há, portanto, substanciais diferenças entre o modo de atuação judicial em cada uma das famílias do direito: na *common law* existe uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas (isso ocorre tanto na criação de precedentes quanto na sua revogação).

Não é por outra razão que nos países anglo-saxônicos se adota uma conceituação ampla do âmbito de atuação do Poder Judiciário, com dilatada margem de atuação do magistrado, o que coloca a jurisdição num arranjo extremamente ativo no processo de criação do direito. Nos ordenamentos filiados ao *common law*, a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura é muito mais difícil que nos sistemas da família românico-germânica. Nesta mesma linha interpretativa, Ramos (2010, p. 107) propõe que existiria na família do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas.

Na Inglaterra, como resultado de uma histórica troca de bastão entre Poderes, a forma de governo adotada é a monarquia parlamentarista, desenhada pela divisão de funções entre o Chefe de Estado e o Chefe de Governo. Entre os anos 1600 a 1700, houve uma passagem de Poder entre o Executivo e o Legislativo inglês, com a transição, após o *Bill of Rights*, do Poder de governar das mãos dos reis Carlos I, Carlos II e James (*King Imperious*) para o Parlamento, seguindo os pensamentos de John Locke, os quais influenciaram de modo significativo a própria revolução gloriosa (rei e parlamento em harmonia). Já se defendia nessa época que o Legislativo era sim o Poder mais importante.

Até o ano de 2009, a função de cúpula do Judiciário britânico era exercida pela Câmara dos Lordes (*House of Lords*), órgão formalmente pertencente ao Poder Legislativo. Competia à Câmara dos Lordes julgar recursos interpostos contra decisões do *Court of Appeal*. Destaca Pavlovsky (2016, p. 4) que em outubro de 2009 entrou em funcionamento a *Supreme Court of England*, que assumiu as funções antes exercidas pela Câmara dos Lordes, inaugurando um novo período de separação entre Legislativo e Judiciário.

A hodierna Suprema Corte da Inglaterra é formada por doze juízes (“*justices*”), caracterizando-se por atuar: (i) como a instância mais elevada para todos os casos civis e criminais ocorridos na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte; (ii) como a instância maior para todos os casos civis da Escócia. As decisões da Corte são aproveitadas, em virtude do sistema *common law*, como precedente de observância obrigatória e caráter vinculante para os demais órgãos do Judiciário britânico. Segundo Andrews (2010, p. 43) não houve com a instituição da Suprema Corte “intenção de se criar uma Corte Constitucional; isto é, uma Corte que se desincumbiria de proceder à judicial *review* de atos do legislativo, em contraposição a atos do executivo”.

Observa-se, tão logo, que a atuação proativa do Judiciário ainda é tímida no direito inglês, na medida em que a tradição parlamentarista sempre operou como um freio deveras significativo para a criação de normas pela jurisdição, mesmo se tratando de um sistema *common law* – que, a princípio, fornece uma margem de atuação mais avantajada ao julgador.

De outra banda, nos Estados Unidos (país de origem Anglo-saxão), o caso mundialmente conhecido que deflagrou o protagonismo judicial nos Estados Unidos foi o emblemático *Marbury v. Madson*, julgado em 1803 pelo *Justice John Marshall*, que deu início do controle de constitucionalidade das leis do parlamento pela Suprema Corte norte-americana.

Nesse julgado, *Marshall* defendeu que a Suprema Corte poderia invalidar atos dos Poderes Legislativo e Executivo, dado que a última palavra seria a do Judiciário. Segundo o *Justice*, ou a Constituição seria suprema ou não valeria de nada, razão porque defendeu o ex-Chefe de Justiça nos Estados Unidos que a interpretação do Judiciário vale até mais que a interpretação realizada pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo – fato gerador de grande polêmica até hoje nos Estados Unidos, porquanto não há qualquer indicação na constituição americana que confira tal poder de revisão ao Judiciário.

Pode-se ainda citar os exemplos do México, no qual a Suprema Corte abriu caminho para a legalização da maconha, e da África do Sul, quando a Suprema Corte sul-africana julgou inconstitucional a legislação que instituiu a pena de morte e gerou grande controvérsia no país, ao ponto de gerar posterior reforma do polêmico entendimento.

Os aspectos apresentados nos países de família anglo-saxão e Romano-Germânico retratam com exatidão as nuances da jurisdição constitucional no direito comparado, pormenorizando as características diferenciadoras e semelhantes do que é hoje praticado no Brasil. O gradual crescimento da atuação do Poder Judiciário, em qualquer que seja o sistema jurídico (*civil law* ou *common law*), origina-se da necessária criatividade dos juízes para dirimir casos complexos. Viu-se, contudo, que a discricionariedade na atuação dos juízes é melhor aceita nos países do *common law*, os quais se apegam aos precedentes judiciais para determinar os rumos da interpretação constitucional.

Todavia, países enraizados no estado de direito, como o Brasil, também podem evoluir para conferir às decisões do Judiciário ampla possibilidade de imersão nas matérias de competência do Executivo e do Legislativo. Salutar, para tanto, que seja propagada a ideia de diálogo institucional, consoante visto na Itália e Alemanha, de sorte que a busca da efetiva concretização dos direitos fundamentais não seja utilizada como pretexto pelas Cortes Constitucionais, maculando sobremaneira a harmonia entre os Poderes.

3 (RE)MODELAGEM DO ATIVISMO JUDICIAL PELO STF: UMA NOVA CONCEPÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao retroceder sutilmente no tempo, ensina Branco (2011, p. 153) que no caso dos Estados Unidos, conquanto o termo “*judicial activism*” seja comumente empregado com uma conotação negativa acerca das ações dos *Justices*, muitos são os casos em que a terminologia é inserida num contexto assaz positivo, em contraponto ao *passivismo judicial* e à autocontenção. Na verdade, as mais contundentes críticas ao ativismo estadunidense consistem na falta de previsão Constitucional do instrumento de controle de constitucionalidade, de sorte que todos os Poderes constituídos – e não só o Judiciário – albergariam a função de interpretar a Constituição.³

É fato inegável que a doutrina estadunidense inovou ao trazer bases metodológicas para delinear o escopo de competências do Poder Judiciário. Em estudo sobre o tema, Canon (1983, p. 16) aduziu que o ativismo judicial nos Estados Unidos, embora existente, não configuraria em si uma patologia, mas um fato empírico (e ordinário) da via judicial. O autor sugere seis dimensões do ativismo (i) a majoritária; (ii) a interpretativa de estabilidade; (iii) a interpretativa de fidelidade; (iv) a da distinção do processo democrático; (v) a da especificidade da política; e (vi) a da disponibilidade de um ator que decida alternativamente políticas públicas.

³ O jurista Jeremy Waldron (2006, p. 1406) é ferrenho crítico da revisão da lei por meio de controle de constitucionalidade do Judiciário, sob o fundamento de que inexistente na Constituição Americana essa autorização de revisão, pelo Judiciário, das leis editadas pelo Legislativo. Contudo, tal premissa não é aplicável ao Brasil, já que o controle de constitucionalidade é um procedimento legitimado na própria Constituição Federal de 1988, não podendo, pois, ser considerado forma de ativismo judicial.

Ao estudar a eventual usurpação do Judiciário da regra da maioria, Canon apontou detalhadamente quais os índices de interferência capaz de materializar o ativismo judicial, conferindo maior cientificidade ao estudo do ativismo nos Estados Unidos.

Noutra sonda, analisando a forma pela qual é instrumentalizado o acesso ao Judiciário nos Estados Unidos, o jurista Ran Hirschl (2007, p. 12), ao desenvolver a tese do empoderamento judicial através da constitucionalização, busca explicar em *“Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism”* os motivos fáticos que justificam a delegação às Cortes americanas de determinadas matérias de cunho essencialmente político. O estudo de Hirschl é, em essência, voltado à preservação harmônica, de sorte que a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário caracteriza-se como uma verdadeira *“juristocracia”*.

É possível extrair três ideias centrais de sua obra, de grande valia para o entendimento da jurisdição constitucional norte-americana: em primeiro lugar, Hirschl defendeu que a falta de governabilidade e a incapacidade estrutural de determinado estado acabaria com a credibilidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, levando-se a dependência do único poder aparentemente apolítico, o Poder Judiciário. Não obstante, já adentrando na sua teoria da “preservação hegemônica”, ele defendeu a existência de interesse político e econômico em atribuir - para a própria manutenção da hegemonia - esse poder ao Judiciário.

Ao analisar episódios recentes ocorridos em Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul, pontua Hirschl que as elites políticas, econômicas e sociais conformam outro fator contributivo para o que chamou de *“juristocracia”*. Segundo ele, as elites, propositalmente, transferem poderes e responsabilidades ao Judiciário quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política. Seria, pois, uma forma de as elites preservarem seus interesses particulares.

Assim, de acordo com a tese da “preservação hegemônica” de Hirschl, a fomentação da judicialização se dá pelas próprias elites locais, as quais foram convencidas de que confiar ao Judiciário as diretrizes políticas e econômicas do país seria, ao fim e ao cabo, a melhor forma de preservação das elites no poder. Essa tese, conquanto seja aceita por parte majoritária da doutrina, precisa ser testada.

A terceira concepção de Hirschl (2007, p. 222-223) foi sobre a atuação do Judiciário como espelho da “delegação de decisões impopulares”. Afirmou-se que essa transferência de responsabilidades dos poderes Legislativo e Executivo também seria uma verdadeira atribuição de decisões impopulares para o Judiciário (Poder instituído que, em tese, sofreria menos consequências do ponto de vista eleitoral). É dizer: seria uma forma de entrega, pela elite política/econômica, de responsabilidades ao Judiciário, para que o peso de uma decisão impopular não recaísse nos ombros daqueles que precisam permanentemente da simpatia popular: os membros dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, as questões complexas eram transferidas para os julgadores e a hegemonia das elites restaria mantida.

Outro jurista que teceu críticas ao modo de atuação das Cortes norte-americanas foi Jeremy Waldron (2010, p. 102), discípulo de Ronald Dworkin. Para aquele, seria preciso recuperar a dignidade da legislação, sobretudo com uma construção de uma teoria normativa. Defendeu o autor que não seria correto colocar a atuação do Poder Legislativo (amplamente legitimado) nas mãos de juízes, os quais não detinham legitimidade democrática para atuar ativamente nas lides.

Waldron (2010, p. 102) apresenta, em síntese, dois apontamentos sobre o tema. No primeiro, questiona por qual razão os direitos são melhor protegidos por meio de uma revisão judicial. O autor defende, em linhas gerais, que as legislaturas democráticas devem ser prestigiadas. No segundo, Waldron sustenta a tese de que a revisão judicial, independente do resultado de sua atuação, não é democraticamente legítima.

É de se destacar que o autor, sempre que aborda criticamente o papel do Judiciário nos Estados Unidos, o faz em referência à revisão judicial da legislação – e não daquela produzida na esfera de atuação do administrador. Waldron afirma (2010, p.102), inclusive, que os juízes –

quando adentram em debates públicos sobre direitos controversos -, acabam se distanciando das questões centrais dos casos que lhe são atribuídos. Há de se pontuar, em contraposição, que os juízes norte-americanos não eram absolutamente exauridos de legitimidade para atuar de forma proativa. Ele defende, especificamente, que os magistrados não gozam da ampla legitimidade democrática para debater matérias que devam ser apreciadas e definidas pelo Parlamento.

Noutro espeque, Ronald Dworkin (1999, p. 51), a despeito das severas críticas lançadas contra o “passivismo” (doutrina defensora da ausência de direitos dos indivíduos contra as maiorias políticas), argui que não se pode igualmente utilizar um comportamento absolutamente ativista nas decisões judiciais que despreze “o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que procuraram interpretá-la e as duradoras tradições de nossa política”. No seu sentir, o direito como integridade condenaria o ativismo e qualquer outra prática de jurisdição constitucional que lhe estivesse próxima, razão pela qual teriam os juízes que aplicar a Constituição por meio da interpretação - e não por manobras ativistas do Judiciário.

É possível inferir, pois, que o modo de atuação do Judiciário, como fenômeno global que o é, tem sido objeto de diversos estudos doutrinários, sobretudo no direito norte-americano, os quais discutem as razões de seu surgimento e levantam polêmicas quanto ao desdobramento do seu crescente manejo. Não obstante, a performance gradativa do Judiciário no arranjo institucional também é objeto de acirradas contendas na doutrina nacional.

Analisando a hipervalorização dos Poderes Executivo e Judiciário, Scheleder e Robl (2016, p. 6), ao aderirem às ideias de Loewenstein, pontuam: “Contemporaneamente, pode-se dizer que em certos momentos no final do século XX e no início do século XXI, em razão da intensidade e da importância do Judiciário, parece que vivemos em um Estado Judicial”.

O tema ganhou grande repercussão no Brasil a partir das ordens emanadas, em todos os graus de jurisdição, em que se obrigavam entes políticos e administrativos a fornecer medicamentos e realizar procedimentos assaz vultosos em benefício de indivíduos que se socorriam da tutela jurisdicional para materializar o direito à saúde. Muitos são, aliás, os autores que discutem os reflexos da atuação ativa do Judiciário brasileiro na realização desse tipo de política pública.

Neste sentido, Robl Filho (2012, p. 241) tece interessante reflexão sobre a politização do Judiciário, no sentido de que esta politização representa o efeito prático da judicialização da política, porquanto os assuntos políticos, ao desaguiarem no judiciário, irão demandar, inevitavelmente, a atuação proativa dos magistrados no exercício constitucional da jurisdição.

Destarte, como se percebe - e até de modo até heterodoxo-, parte da doutrina nacional enxerga o ativismo judicial como fenômeno essencialmente negativo, quase sempre genericamente cunhado de “risco ao regime democrático”. Segundo os críticos, o modo ativista no exercício da tutela jurisdicional representa um “abuso institucional do Judiciário”⁴, cujo exercício regular macula a independência dos Poderes, de modo opostamente consentâneo com a clássica (e como se verá, já ultrapassada) teoria de Montesquieu (1998, p. 72) do século XVIII.

⁴ Sobre o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, Streck (2015, p. 1) defende que nova sistemática não passa de um ativismo judicial vestido de um nome “midiático”, para continuar chancelando a atuação proativa do Poder Judiciário. O autor fez um paralelo com as considerações tecidas por Campos no artigo “Devemos temer o estado de coisas inconstitucional” (2015, p. 2)? Em linhas gerais, Streck afirmou no artigo alcunhado “Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo” que: “A necessária judicialização (para aquele caso) da política ocorre sem politização da justiça. O que quero dizer é que, em sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda-chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quer, desde os presídios ao salário mínimo. Mas, qual será a estrutura a ser inconstitucionalizada? Sabemos que, em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe. Veja-se, por exemplo, o problema que se apresenta em face do remédio para câncer, em que uma decisão do STF, para resolver um caso específico (um caso terminal), está criando uma situação absolutamente complexa (para dizer o mínimo) no Estado de São Paulo. Não necessitamos de uma análise consequencialista para entender o problema dos efeitos colaterais de uma decisão da Suprema Corte”.

À guisa de exemplo desse pré-conceito firmado sobre a figura do ativismo judicial no Brasil, Ramos (2010, p. 48) conceitua-o como *sendo* “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar.”

Ora, não se pode consignar, categoricamente, como propõe o autor, que toda e qualquer decisão judicial que interfira, em certa medida, em funções típicas de outros Poderes, é uma decisão negativamente ativista. O ativismo judicial está sendo propagado no Brasil, erroneamente, como quaisquer atuações do Judiciário que quebra expectativas em relação ao papel do juiz, mesmo que tais expectativas sejam perfeitamente sustentáveis do ponto de vista da distribuição de competências na Constituição Federal.

Não por outra razão, na composição atual, os membros do Supremo Tribunal Federal buscam reiteradamente evitar a utilização do termo “ativismo judicial”, para que este rótulo, utilizado em tom assaz pejorativo seja desidratado com o tempo, caindo em desuso:

Como o Ministro Fux lembrou, e o Ministro Fachin também, eu abandonei um pouco o uso da expressão “ativismo judicial”, porque ela passou a ser utilizada mais ou menos como “neoliberalismo”. Quando alguém quer desclassificar ou desqualificar uma posição, diz: “isso aí é ativismo”. Mas há situações em que o Judiciário deve ser autocontido em respeito às decisões políticas dos outros Poderes, e há situações em que ele tem que ser proativo, em nome da Constituição e dos valores que nos cabe resguardar. Desse modo, Presidente, eu entendo que o Judiciário não só pode como deve, na linha do que decidiu Vossa Excelência, interferir para determinar a realização de obras em presídios cuja situação seja atentatória à dignidade da pessoa humana.⁵

A partir do referido voto de lavra do Ministro Barroso, indaga-se: em que medida a concretização de direitos fundamentais, via ordem judicial, seria mais lesiva para o sistema democrático brasileiro que a insigne burocracia estatal no cumprimento de seus deveres de legislar e administrar? Ademais, consoante oportunamente levantado por Branco (2016, p. 157), numa ordem constitucional como a brasileira, em que se atribui à Corte Constitucional do país o poder de editar Súmulas Vinculantes e realizar controle abstrato e difuso de constitucionalidade, não se há de ter como ativista o desempenho da função quase-normativa que é ínsita ao exercício dessa competência.

Veja-se, por exemplo, a situação deplorável dos presídios brasileiros. De há muito evidenciam-se omissões inconstitucionais por parte da Administração Pública no trato do sistema carcerário. O resultado da perene burocracia estatal na abordagem do assunto está sendo visto atualmente: nenhum dos Poderes da República, isoladamente, consegue adotar medidas minimamente eficazes na resolução das falhas estruturais atualmente existentes.

Deste modo, via ADPF nº 347/DF⁶, o STF foi instado a solucionar o problema estrutural do sistema carcerário brasileiro. Este derruído sistema prisional é ignorado, de modo geral, pela sociedade e pela majoritária parcela das instituições públicas do país, as quais aparentemente não se atentam ao fato de que a salvaguarda de direitos das minorias é elemento vital à própria sobrevivência do regime democrático.

Sobre o tema, há de se ressaltar que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional não se confunde com a “judicialização da política” ou com o “ativismo judicial”. A uma, porque a judicialização da política refere-se à pretensão levada à juízo por um indivíduo que tem, na via difusa, um direito fundamental violado, razão pela qual suscita o exame de determinada pretensão, com lastro na Constituição Federal de 1988 (CF/88). A duas, porque os

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.581/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *DJE* de 1º-2-2016, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 02. Ago. 2020.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Preceito Fundamental n. 347/DF. Requerente: PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 fev. 2021.

remédios estruturais contidos na decisão judicial que reconhece o estado de coisas inconstitucional somente resultarão em ativismo judicial se o seu conteúdo, de fato, ultrapassar desarrazoadamente o âmbito de competência do Poder Judiciário. O ativismo judicial é a ação do juiz como legislador positivo, o que não é, propriamente, o que acontece com o ECI, que pode chegar a ser um ativismo, mas não necessariamente o é.

Caso, por exemplo, a decisão estrutural seja feita sem diálogo e fiscalização, é sim possível que haja um ativismo judicial, mas essa não é a regra. Latente, pois, a diferenciação entre os supramencionados institutos, que reforça o aspecto peculiar do ativismo judicial. Destarte, acerca do referido caso concreto (ADPF nº347/DF), questiona-se se esta forma de atuação processual estrutural, pautada no diálogo, na execução coordenada e na fiscalização conjunta das medidas exaradas, logrará êxito no Brasil. A aplicação do instituto à ordem jurídica brasileira será efetiva ou incorrerá nas mesmas falhas de execução e de controle evidenciadas nas sentenças colombianas de Unificación (SU) – 559/1997⁷ e de Tutela (T) – 153/1998?⁸ Decerto, as demandas estruturais impõem uma nova concepção sobre os limites simbólicos da separação dos poderes.

Pelas razões indicadas, muito se aguarda a definição do *modus operandi* do Supremo na resolução da situação calamitosa vivida pelos custodiados, isto é, quer-se a chancela da Corte acerca da sua autocontenção em lides estruturais simplesmente porque há críticos do ativismo judicial. Será que o constituinte quis, ao inserir o art. 2º na CF/88, proclamar que a rígida separação dos poderes deve se sobrepor à concretização dos direitos fundamentais? Em que medida essa interpretação trará estabilidade ao regime democrático e ao sistema presidencialista?

Em provável antecipação acerca da posição que será adotada pela Corte, Barroso responde aos questionamentos acima no Recurso Extraordinário nº 59.2581/RS, proveniente da Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pelo Ministério Público, para compelir o Estado do Rio Grande do Sul a realizar obras estruturais no presídio da cidade de Uruguaiana:

Portanto, as decisões políticas devem ser tomadas pelo Poder Legislativo, e, na medida em que legitimado, também pelo chefe do Poder Executivo. Assim, eu gostaria de deixar bem claro que a judicialização, quando ela ocorre - e este é o caso -, ela não substitui a política, e acho que a política tem preferência quando ela consiga produzir consensos e quando ela consiga atuar. Porém, penso que Vossa Excelência assentou no voto, e de maneira muito feliz, em que hipóteses por exceção o Judiciário pode e deve atuar. E acho que este é um caso típico dessa exceção. Em primeiro lugar, porque nós estamos atuando para proteger os direitos de uma minoria, de uma minoria invisível e de uma minoria que não tem voto, porque não tem direitos políticos. Portanto, nós estamos lidando com um conjunto de pessoas que ficou à margem da vida pela incapacidade de vocalizar os seus interesses e as suas pretensões, porque não há quem as represente. Logo, quem tem que ser o intérprete daqueles que não podem falar é evidentemente o Poder Judiciário. Acho que essa primeira razão já seria suficiente.⁹

Como se infere, o voto do ministro Barroso contorna a ideia de independência estática dos Poderes. Para ele, o Judiciário tem o *munus* de resolver litígios e conferir segurança jurídica para o devido funcionamento das instituições. Portanto, o Judiciário tem o poder-dever de impor essas obrigações aos demais poderes, caso necessário. Em diametral convergência, Arenhart (2013, p. 391) aduz que “é preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da separação dos Poderes percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público.”

Ao que parece, o modelo de atuação do STF para casos futuros (aqui, se incluindo as demandas estruturais) será o da delegação de atribuições para as instâncias administrativas, de

⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-559, 1997*.

⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-068, 1998*.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347, 2016*.

forma que (i) o Executivo crie estruturas para resolver os entraves ligados à burocracia estatal; (ii) e o Judiciário controle, supervisione e monitore o cumprimento das metas estabelecidas no plano de ação. Barroso, não obstante, reverbera que o Judiciário pode impor que o Executivo diagnostique os bloqueios institucionais existentes, apresente um plano de correção das falhas estruturais, e implemente, tempestivamente, as medidas sugeridas.¹⁰

Muito se censura o STF, diga-se de passagem, pelo caráter ativista da Corte. No entanto, raros são os casos levados ao Judiciário em que são demonstrados os parâmetros técnicos que justificam o porquê da famigerada sobreposição de competências. Bem por isso, a perniciosa chancela de “decisão ativista”, ao que se indica, é atribuída pelos críticos a partir da conveniência casuística do julgado. Quando favorável, não existe ativismo, mas sim um papel iluminista do Judiciário na efetivação de direitos; quando desfavorável, o ativismo representa ilegítima violação à separação dos Poderes.

Lado outro, interessa-nos registrar que o dogma jurídico da independência dos Poderes carece urgentemente de uma nova hermenêutica. Nessa percepção, ao fazer severa crítica ao sistema presidencialista, Ackerman (2009, p. 78) avalia detalhadamente o sistema do peso e contrapeso norte-americano e propõe uma nova forma de separação de Poderes (*New Separation of Powers*).

O professor de Yale sugere a criação do chamado “parlamentarismo limitado”, propondo uma mudança clara de abordagem: retira-se a ideia de Poderes com a inserção da divisão em funções. Com isso, pretende acabar a visão estática de monopólios do Poder e flexibilizar o escopo de atuação de cada instituição no cenário político da estrutura governamental. De fato, Ackerman tem razão. Nos dias atuais, exige-se um novo arranjo simétrico entre os Poderes, com maior grau de transferências recíprocas de atribuições.

A ilação dedutiva extraída da obra de Ackerman mostra-nos não ser mais concebível que direitos fundamentais permaneçam sendo inobservados porque a independência estática dos Poderes impede o Judiciário de adentrar em questões relacionadas a políticas públicas. Esse modelo estático não é mais adequado, tampouco traz efetividade aos direitos fundamentais. Aliás, a ciência política de há muito se ocupa de remodelar essa ideia estática de separação dos Poderes, com especial destaque para os trabalhos dos professores Pasquale Pasquino e John Ferejohn.¹¹

Aprofundando a necessidade de remodelagem da tripartição dos Poderes sob o duplo enfoque da definição do conteúdo da norma constitucional e do processo de interpretação e aplicação do direito, Pereira (2017, p. 107) acrescenta:

Em cada questão de direito constitucional não se trata simplesmente de aplicar a Constituição, mas antes de resolver um conflito entre normas que exige, primeiro, a definição do conteúdo da norma constitucional, para depois o seu cotejo com o ato normativo impugnado e objeto de controle, a fim de se verificar sua validade constitucional. Quanto a esse argumento poderia ser alegado que o conteúdo constitucional é tarefa do legislador constitucional, e não de uma Corte. Todavia, é justamente a percepção dessa franca realidade, a partir da Teoria do Direito e do que significa o processo de interpretação e aplicação do Direito, que o ideal de separação de poderes deve ser revisto.

Observa-se então a necessidade de que o fenômeno do ativismo judicial também seja enxergado por outro ângulo, sem a conotação negativa que lhe é de costume. Veja-se, por exemplo, que a pretensa estabilidade institucional entre os Poderes, idealizada pela CF/88, na

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*, 2016.

¹¹ A revisitação do princípio da independência dos poderes é brilhantemente realizada por Pasquale Pasquino em: FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale (2003). *Rule of democracy and rule of law*. In: Maravall, José María e Przeworski, Adam (ed.). *Democracy and the rule of law*; Cambridge University Press.

prática, nunca ocorreu da maneira como pensada, a exemplo da significativa concentração de poderes nas mãos do Executivo.

Quer-se, em muitos dos casos levados ao Judiciário, a mera concretização dos anseios da sociedade para a fruição de direitos mínimos do indivíduo, o que não raras vezes ocorre pela disfunção dos demais Poderes no cumprimento de seus deveres constitucionais. É preciso, no Brasil, que funções sejam redistribuídas, não só para autorizar uma atuação mais ativista do Judiciário, mas também para retirar-lhe competências que contribuem para a morosidade da prestação jurisdicional.

Em retomada, torna-se curial diferenciar uma decisão judicial equivocada, isto é, aquela que violou efetivamente a lei, da decisão verdadeiramente ativista. Esse predicado exige uma decisão que expressamente convirja ou divirja do legislador, conforme relata Branco (2016, p. 149):

As referências ao que se tem designado como ativismo judicial refletem caso de emprego de expressão dotada de força emocional, sem maiores cuidados, entretanto, com a definição dos seus elementos constitutivos. Está presente, aqui, o risco de tornar a expressão inútil por super abrangente, ou, ainda pior, de transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor como verdade o que ainda não foi suficientemente estabelecido e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes.

Ou seja, afirmar genericamente que uma decisão é fruto de pernicioso ativismo judicial – e que, por esta razão, viola separação dos poderes, é conduta assaz temerária ao regular funcionamento da jurisdição constitucional. A interferência da jurisdição em ações relacionadas a políticas públicas, por exemplo, a despeito de ampliar o seu escopo de legislador negativo, interliga-se à própria necessidade de concretização dos direitos fundamentais para fins de corrigir as omissões inconstitucionais dos outros Poderes.

Dentre as obras examinadas para a produção deste estudo, alberga-se especial destaque ao livro “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo” de Eduardo Cambi (2011, p. 245), no qual o ativismo judicial é caracterizado - sob uma perspectiva majoritariamente positiva - como um “Protagonismo Judiciário”:

Além disso, se não é correto afirmar que o juiz não deve impor aos administradores públicos o que considera a aplicação mais oportuna ou conveniente do dinheiro público, mais perverso ainda é manter situações de flagrante descumprimento dos direitos fundamentais (v.g, a da superlotação dos presídios, em manifesta desconsideração da dignidade da pessoa humana; a da não aplicação de recursos mínimos em saúde e educação, retirando da imensa população condições básicas de sobrevivência; o não repasse das verbas orçamentárias para a manutenção de rodovias precárias, gerando elevadíssimos índices de mortalidade etc.). Confiar, unicamente, na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira, marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público.

Osvaldo Canela Júnior (2011, p. 134) atenta especificamente para a finalidade social do ativismo judicial. É discutido pelo autor, de forma amena, as principais políticas públicas que carecem de uma maior atenção do Judiciário. Ele aborda o papel do STF na própria fiscalização (e não na implementação) de políticas públicas do Estado brasileiro.

Refletindo sobre esta questão, Branco (2011, p. 159) esclarece ser um contrassenso abrigar tantos direitos fundamentais na Constituição e acreditar que a aplicabilidade das normas fundamentais será automática, despiciente da atuação proativa do Poder Judiciário. Para o autor, em um país nitidamente albergado de normas jusfundamentais, é absolutamente natural que a Suprema Corte afronte escolhas políticas com normas fundantes do sistema.

Sobreleva destacar que não está a se defender uma blindagem universal às decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Fixar limites de atuação, com bases metodológicas confiáveis, é sim essencial para que se mantenha a estabilidade entre as instituições que compõem o estado democrático de direito. De modo diverso, é contraproducente não diferenciar o que é ativismo do que é uma decisão materialmente incorreta.

A decisão ativista é tão somente aquela que flagrantemente é tomada fora do âmbito de competência do juiz constitucional, não se confundindo – como se faz costumeiramente no Brasil – com o modo proativo do Judiciário de resolver demandas que buscam conferir a fruição a direitos fundamentais. Em suma, se determinada decisão será negativa (ativista) ou positiva (fundamentalmente concretista), apenas o caso concreto irá esclarecer.

4 CONCLUSÃO

O ponto medular do estudo em voga relaciona-se à reformulação da visão tradicional de ativismo judicial e de separação estática dos Poderes. Primeiramente, porque no arranjo institucional atual, em que se requer flexibilidade na concretização de valores constitucionais, a divisão estática de Poderes, para bem de “garantir a estabilidade das instituições democráticas”, acaba, em verdade, sendo um óbice ao funcionamento do Estado. Em segundo lugar, porque no manejo de processos estruturais a participação mais ativa do juiz é condição essencial ao desenrolar da lide, justamente por representar o último suspiro democrático para desmobilizar os bloqueios institucionais construídos pelos demais Poderes.

Delineou-se, outrossim, que um dos maiores desafios no implemento do estado de coisas inconstitucional no Brasil é a fixação de limites ao “ativismo judicial estrutural”, de forma a possibilitar que os remédios estruturais sejam efetivos instrumentos de proteção aos direitos fundamentais. A demarcação desses limites, ressalte-se, é um desafio de relevância atual, e será, inclusive, enfrentada pelo STF nas decisões vindouras em que expressamente se reconhecer a aplicabilidade da tese do estado de coisas inconstitucional.

Nessa mesma trilha argumentativa, concluiu-se que o excesso de formalismo na concepção de teorias pode prejudicar a essência do bem jurídico tutelado. O que deve ser perquirido pelo aplicador do direito, ao fim e ao cabo, é a efetividade constitucional, a primazia pelos fins almejados. Neste diapasão, o foco do operador do direito precisa se direcionar à consecução dos direitos fundamentais - e não à fiel observância dos atores que possuem atribuições estanques para a edição de atos administrativos ou regulamentares. Ressalve-se, dessarte, que o âmbito de aplicação da tese precisa ser delimitado, porquanto a utilização do Poder Judiciário para correção generalizada de todas as hipóteses de lesão à direito fundamental subverte a própria razão de existir do instituto, tornando-o, ao fim e ao cabo, contraproducente à efetividade da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. **Revista de processo**, São Paulo, ano 35, n. 186, 2010.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, v. 225, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *RDE. Revista de Direito do Estado*, v. 10, p. 25-66, 2008. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf. Acesso em: 09. out. 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ativismo Judicial: primeiras aproximações. *In: Paulo Gustavo Gonet Branco (org.). Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais*. 1, ed. Brasília: Editora IDP, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. *In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Preceito Fundamental n. 347/DF**. Requerente: PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701#>. Acesso em 22. out. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out. 2015, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 22. dez. 2020.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of judicial Activism. *Judicature*, Lanham, v. 66, n. 6, dec./jan 1983.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-559 de 1997**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 10 fev. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153 de 1998**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 11 fev. 2020.

CORTES, O. M. P. A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo. *Revista de Processo*, v. 251, 2016.

DANTAS, Ivo. **Novo direito Constitucional Comparado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Rule of democracy and rule of law. *In*: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (ed.). **Democracy and the rule of law**. England: Cambridge University Press, 2003.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Experiências de Ativismo Judicial na Europa Continental. **Revista de informações legislativas**, Brasília, ano 48, n. 192, out./dez. 2011.

FREITAS, Vladimir. Entenda a Estrutura Judiciária da Itália. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mai-23/segunda-leitura-entenda-estrutura-judiciario-italia#top>. Acesso em: 12. abr. 2020.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 2001.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press. 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES. O apelo ao legislador: na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n. 114, abr./jun. 1992.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAVLOVSKY, Fernando Awensztern. **O funcionamento do Judiciário no Reino Unido**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51162/o-funcionamento-do-judiciario-no-reino-unido>. Acesso em: maio 2020.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Supermaioria como regra de decisão na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBL FILHO, I. N. **Accountability e independência judiciais: o desenho institucional do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

SCHLEDER, A. F. P.; ROBL FILHO, I. N. Teoria da Constituição, Jurisdição Constitucional e Democracia: uma Análise das Camadas Clássica (SCHMITT) e Pós-Clássica (LOEWENSTEIN) no Direito Constitucional. *In*: SCHLEDER, A. F. P. ; ROBL FILHO, I. N. (org.). **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Itajaí: Univali, 2016, p. 9-40. v. 1.

SOUZA, Felipe Oliveira de. Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de derecho en Robert Alexy. **Lecciones y Ensayos**, Buenos Aires, n. 88, p. 101-135,

2010. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones--y-ensayos-88-paginas-101-135.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

STRECK, L. L. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Conjur**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 18. abr. 2020.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. *In*: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The yale law Journal**, n. 115, p. 1346-1406, 2006.

