



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O
PAPEL DO JUDICIÁRIO SOB A VISÃO NEOCONSTITUCIONAL**

ORIENTANDA: JOICE RODRIGUES SANTANA MIRANDA
ORIENTADORA: Prof.a. MESTRE ISABEL DUARTE VALVERDE

GOIÂNIA
2022

JOICE RODRIGUES SANTANA MIRANDA

**ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O
PAPEL DO JUDICIÁRIO SOB A VISÃO NEOCONSTITUCIONAL**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GOIÁS).

Prof.^a. Orientadora: Mestre Isabel Duarte Valverde

GOIÂNIA
2022

JOICE RODRIGUES SANTANA MIRANDA

**ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O
PAPEL DO JUDICIÁRIO SOB A VISÃO NEOCONSTITUCIONAL**

Data da Defesa: 25 de novembro de 2022

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.a. Ma. Isabel Duarte Valverde

Nota

Examinador Convidado: Profa. Dra. Fernanda da Silva Borges

Nota

Dedico esse trabalho a minha mãe Ilza, que sempre deu tudo que tinha, mesmo sem ter muito, para que eu pudesse ter uma oportunidade que ela nunca teve.

Agradeço a minha mãe Ilza, que sempre foi meu apoio e refúgio, e aos meus orientadores por serem prestativos.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
1 NOÇÕES DOS MOVIMENTOS CONSTITUCIONALISTAS: CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO.....	9
1.1- BREVES NOÇÕES SOBRE CONSTITUCIONALISMO.....	9
1.2- BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO	12
1.3 — DIFERENCIAÇÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO.....	13
2 - ATIVISMO JUDICIAL	14
2.1 A ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL	14
2.2 A DIFERENÇA ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO.....	19
2.3 — O <i>COMMON LAW</i> E A INFLUÊNCIA NO ATIVISMO JUDICIAL...22	
3 – POLÍTICAS PÚBLICAS, O PAPEL NO CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS.....	23
3.1 — POLÍTICAS PÚBLICAS.....	23
3.2 — O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	25
3.3 — A TEORIA TRIPARTIDA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES: LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO.....	27
CONCLUSÃO.....	30
REFERÊNCIAS.....	31

**ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O
PAPEL DO JUDICIÁRIO SOB A VISÃO NEOCONSTITUCIONAL**

¹Joice Rodrigues Santana Miranda

RESUMO

O presente trabalho teve por finalidade abordar e discutir as questões que envolvem o Ativismo Judicial e as Políticas Públicas no Brasil, sob o olhar do Neoconstitucionalismo brasileiro. Deste modo, esta obra busca a discussão sobre a perspectiva de um movimento constitucional que visa reconstruir as bases do Direito Constitucional, partindo do pressuposto do princípio da dignidade humana, garantido e assegurado pela Constituição Federal de 1988 e tendo como ênfase questionar e delimitar as limitações do Ativismo Judicial frente às delimitações criadas pela teoria da Separação dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Neoconstitucionalismo, Constitucionalismo, Separação de Poderes, Políticas Públicas.

^{1 1} Acadêmica Joice Rodrigues Santana Miranda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e-mail: joicemiranda2009@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade abordar as questões que envolvem o Ativismo Judicial e qual o Judiciário, partindo de uma visão Neoconstitucionalismo, ou seja, partindo de um ideal garantista de direitos fundamentais.

A temática acerca do Ativismo Judicial e o Controle de Políticas Públicas, tendo como ponto de partida a Visão Neoconstitucionalista, estabelece uma conexão/finalidade de agregar com maior profundidade o tema acerca do papel do ativismo judicial no implemento de políticas públicas e desdobramentos sob a visão neoconstitucionalista, de maneira breve.

Durante as discussões a serem abordadas, o presente artigo pretende, em seu objetivo geral, tentar identificar a motivação da crescente tendência da intervenção judicial por meio de Políticas Públicas e do Ativismo Judicial.

Em razão disso, fica questionado se o ativismo judicial seria uma maneira eficaz de solucionar a omissão do legislativo, e se o ativismo judicial, como controle de políticas públicas, funciona. Ao longo do trabalho, pretende-se abordar essas temáticas sobre o olhar neoconstitucionalista que tem o seu papel garantista. Nesse sentido, o ativismo judicial seria a melhor solução para o problema de omissão do Legislativo e Executivo? Quais os limites do protagonismo judicial no Estado democrático de Direito?

Partindo desse pressuposto, a atuação proativa do judiciário é vislumbrada como um meio de pacificar conflitos e sanar anseios sociais, aplicando a lei ao caso concreto, configurando o poder-dever do Judiciário de agir. O Poder Judiciário pode atuar de forma ativa, com o intuito de defender os direitos das minorias, se regido sobre o texto constitucional. O ativismo Judicial é visto como uma interferência abusiva na competência precípua dos Poderes Legislativo e Executivo, que atentem contra o princípio da harmonia entre os poderes.

A metodologia de desenvolvimento será a pesquisa bibliográfica e doutrinária, a fim de tentar questionar e resolver as problemáticas apontadas sobre o tema. A partir de dados secundários com a legislação, princípios, jurisprudências e as teorias do direito, serão analisadas a necessidade do ativismo judicial e o seu prejuízo para a atmosfera de repartição das funções dadas aos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Tendo em vista o tema a ser tratado, a abordagem social e crítica será um elo necessário para questionar as problemáticas do tema, utilizando como embasamento monografias, artigos científicos, decisões judiciais. A metodologia a ser utilizada na elaboração da pesquisa envolverá a pesquisa teórica, documental e o método histórico e comparativo, buscando solucionar os objetivos. Deste modo, o artigo será dividido em 3 secções.

A primeira seção irá tratar das noções sobre os movimentos constitucionalistas, tendo o enfoque na diferenciação de “constitucionalismo e neoconstitucionalismo”. A segunda seção irá discorrer sobre o ativismo judicial e a judicialização, demonstrando suas principais distinções e a influência do *commom law* no ativismo judicial. Na terceira seção serão retratados as políticas públicas e o papel no controle do ativismo judicial e os limites constitucionais.

1 NOÇÕES DOS MOVIMENTOS CONSTITUCIONALISTAS: CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO.

1.1 BREVES NOÇÕES SOBRE CONSTITUCIONALISMO

A noção de Constitucionalismo está amplamente ligada ao desenvolvimento histórico de uma sociedade. Entretanto, o termo “Constitucionalismo” começou a ser utilizado com o aparecimento das Constituições para limitar o poder arbitrário.

A distinção a ser realizada neste tópico parte do ponto em que o Constitucionalismo inicialmente não estava condicionado à existência de Constituições propriamente escritas, pois o surgimento de Constituições escritas é do século XVIII, e o constitucionalismo tem sua origem associada à antiguidade. Do ponto de vista da história dos movimentos Constitucionais, o “Constitucionalismo” se opõe ao absolutismo e buscava meios para ir contra, mas não tão somente, tinha como função precípua a de limitar o arbítrio do poder do Estado, visando uma limitação desse poder de Estado, para que o detentor do poder não utilizasse de meios para unicamente se beneficiar, conforme Victor Santos (2018).

O Constitucionalismo possuiu grandes marcos históricos, sendo estes, divididos em constitucionalismo antigo, constitucionalismo clássico, constitucionalismo moderno e o novo constitucionalismo, também conhecido como neoconstitucionalismo.

Nas lições de Karl Liechtenstein (1978), a origem do constitucionalismo nos remete ao povo hebreu, por ser considerado o ponto de partida para as manifestações dos movimentos constitucionais ao buscar uma organização política da comunidade, fundada na restrição do poder do soberano. (*apud* Victor Santos, 2018).

Portanto, o Constitucionalismo antigo é considerado a primeira experiência constitucional, o Constitucionalismo Clássico ou Liberal, cuja principal característica é a de criação de Constituição escrita, sendo consagrados os direitos fundamentais de primeira geração. (Direitos Fundamentais de Primeira Geração são ligados aos valores de liberdades, ou seja, são os direitos civis e políticos e os direitos individuais). Já o Constitucionalismo Moderno surgiu no final da 1ª Guerra Mundial, e caracteriza-se pelo surgimento e consagração dos direitos sociais, chamados de 2ª Geração. (Direitos Fundamentais de Segunda Geração são os direitos sociais, igualdade social).

Alexandre de Moraes assim se posiciona sobre o Constitucionalismo:

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. Como ressaltado por Jorge Miranda, porém, 'o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, a *Fundamental orders of Connecticut* de 1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados (MORAES, 2004, p.37).

Partindo desse pressuposto, temos que o constitucionalismo se encontra vinculado ao momento histórico, político e social no qual a sociedade, diante disso, CANOTILHO, disserta:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação de poder com a finalidade de promover a efetividade das garantias constitucionais. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Numa outra acepção histórica/descritiva sobre o constitucionalismo moderno é visto como meio para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século do XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio

político, sugerindo, ao mesmo tempo a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos e consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num *tempo longo* – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII (CANOTILHO, 2003, p. 51). (*apud* NETO, JOÃO GOMES DUTRA, 2014)

O autor André Ramos, apresenta diversas acepções para a expressão “constitucionalismo”:

O termo "constitucionalismo" costuma gerar polémica em função das diversas acepções assumidas pelo vocábulo ao longo do tempo. Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. A dificuldade para obter uma definição precisa decorrer de inúmeros outros fatores, e não apenas da diversidade com que é empregado. Assim, pondera NICOLA MATTEUCCI que o termo é "bastante recente no vocabulário político italiano e o seu uso não está ainda totalmente consolidado". Pode-se alinhar, contudo, como o principal, a falta de um desenvolvimento mais sólido do termo. Realmente, ressentem-se a doutrina de um estudo mais acurado, pois comumente abandona sua abordagem ou lhe dedica ponderações superficiais. Acrescente-se a circunstância de que o próprio termo "constituição" (cujo significado é essencial para a compreensão do constitucionalismo) padece de grande insuficiência significativa, reinando diversas concepções acerca de seu preciso conteúdo. (...) Para MATTEUCCI o constitucionalismo representa as instituições (ou técnicas) que devem estar contempladas nos diversos regimes políticos, e que, portanto, acabam variando de época para época, cujo objetivo último deve ser o "ideal das liberdades do cidadão". Para GOMES CANOTILHO "o constitucionalismo exprime também uma ideologia: 'o liberalismo é constitucionalismo; é governo das leis e não dos homens' (Mc Ilwain). A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa). (TAVARES, 2006, p.01). (*apud* JOÃO GOMES, 2014)

O Constitucionalismo é um instituto que visa de uma maneira precípua limitar as ações do poder do Estado para evitar que ocorra as arbitrariedades. Conforme o desenvolvimento da sociedade, o movimento do constitucionalismo se modifica conforme as necessidades sociais, políticas e históricas, porém, não perde sua essência, continuando ainda limitando e configurando as ações do Poder do Estado, e com a globalização surge a necessidade incorporação direitos específicos do determinado momento, sendo estes conhecidos como os Movimentos de 1ª, 2ª, 3ª

e 4º Geração, ou seja, são direitos que foram adquiridos (direitos políticos, sociais, e individuais e difusos).

1.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO

O Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo surgiu após o fim da 2ª Guerra Mundial. Nesse marco histórico a sociedade questionava muito sobre a importância do positivismo jurídico e sobre as questões relacionadas à dignidade da pessoa humana, que neste momento histórico, passou a ser o núcleo da Constituição, segundo Luis Flávio Gomes (2011). No Brasil, encontra-se assegurada o princípio da dignidade humana como sendo um direito fundamental, inerente a pessoa e assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

As palavras de Moura e de Rafaela Baldissera, afirmam, respectivamente, que:

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) posituação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva” WALTER DE MOURA, AGRA Curso *de direito constitucional*, 4ª ed., p. 31.

[.....]

O neoconstitucionalismo surgiu com o escopo de dar à Constituição uma nova interpretação. Antes ela era vista como um documento meramente político para a atuação de seus poderes públicos. Hoje, a Constituição agregou-se o status de norma jurídica, uma interpretação que vai muito além do texto literal. BALDISSERA, Rafaela dos Reis. *Neoconstitucionalismo: sua interpretação teórica, moral e jurisprudencial* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 jul. 2016.

Diante disso, consolidamos que o neoconstitucionalismo surgiu como uma maneira de dar uma nova interpretação a Constituição Federal. Portanto, a interpretação legislativa ganha uma interpretação expansiva, ou seja, amplia o sentido do texto não se prendendo a forma do texto literal.

1.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo é a identificação das normas básicas que regem a vida em sociedade, e esse fenômeno é dividido em três momentos históricos: Constitucionalismo antigo, Constitucionalismo Moderno, Constitucionalismo Contemporâneo e posteriormente surge o Neoconstitucionalismo, também conhecido como “Novo Constitucionalismo” (Gilmar Ferreira, 2018)

O Constitucionalismo antigo - primitivo, identificado em poucas sociedades como a romana e a do povo hebreu - em que havia mínima limitação ao Poder Político do Estado. Nesse momento a constituição não era escrita, era pactuada. O constitucionalismo moderno, que surgiu a partir da era das revoluções, com o objetivo de limitar o poder do Estado, em especial a Revolução Francesa e a Revolução Americana, que deram o nascimento às constituições escritas, assim como o direito, a liberdade e a limitação do poder do Estado. A partir desse momento percebeu-se que o Estado precisava de um papel mais proativo, principalmente no pós-guerra, surgindo assim o Constitucionalismo Contemporâneo - ampliação das constituições, dos direitos sociais - deste ponto surgiram discussões sobre a força normativa que a Constituição exercia, porém, não tinha a efetividade, essa força. A partir daí é que nasce o Neoconstitucionalismo, trazendo a CF como sendo o centro regente de todas as normas com força normativa suficiente para reger as regras, e seus princípios. (Gilmar Ferreira, 2018).

De acordo com as conceituações acerca dos movimentos constitucionais denominados Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo, que, conforme já foi identificado na seção anterior, ambos são movimentos constitucionais, que são aprimorados conforme a necessidade política, social e cultural de uma sociedade.

A figura do Neoconstitucionalismo se distingue do Constitucionalismo em questão no sentido de que nesse momento histórico a questão mais importante para a sociedade foi o princípio da dignidade humana, que se tornou a maior preocupação deste momento, devido ao momento histórico de surgimento do Neoconstitucionalismo que foi logo após a 2ª Guerra Mundial.

Nesta seção procurou-se demonstrar, brevemente, a evolução do constitucionalismo e o neoconstitucionalismo. Diante disso, fica evidenciado que toda a principiologia constitucional envolve questões inerentes ao ser humano, de maneira a assegurar a dignidade da pessoa humana contra as arbitrariedades estatais.

2 ATIVISMO JUDICIAL

2.1 A ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

O Ativismo Judicial pode ser entendido como um fenômeno jurídico no qual o Judiciário assume uma postura que não pertence a sua competência direta, e atua de maneira proativa ao interpretar a Constituição Federal, expandindo o seu alcance e sentido. Conforme Barroso, menciona:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público. BARROSO, 2009, p.02

Deste modo, é possível afirmar que o ativismo judicial está amplamente associado a uma participação mais intensa do Judiciário na concretização das garantias constitucionais, gerando assim, uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes, em face ao exposto, têm-se para Barroso que:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. BARROSO, LUÍS ROBERTO. 2009, p. 5)

Arthur Shlesinger, *apud* CARLOS ALEXANDRE AZEVEDO CAMPOS (2016), apresentou a ideia de que o termo “ativismo judicial” se referia ao inverso do “auto restrição judicial”, na qual a maioria das decisões judiciais são baseadas, utilizando-se somente da interpretação expressa dada pelo próprio legislador no texto constitucional. O autor, ao analisar as disputas de poder entre as diferentes personalidades judiciais da Corte e as divergências de pensamentos, tomou para si que os juízes que praticavam o ativismo judicial sobrepunham a sua vontade sobre a vontade do legislador, devido as suas próprias crenças sobre os valores sociais que geravam maior benefício à sociedade, ou seja, a promoção das liberdades e direitos das minorias e qualificados “indefesos e destituídos”. Por esta, razão haveria a

necessidade de ampliação do sentido das normas por meio de interpretações do Judiciário nesses casos omissos para que houvesse de fato a preservação básica do indivíduo, assim como os interesses inerentes às garantias da Constituição Federal.

Perante isso, BARROSO (2010, p. 09), conceitua o que é o ativismo judicial:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

E, para salientar, ainda temos o entendimento de Thamy Pogrebinschi sobre o que seria o ativismo judicial:

ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade". [...], Todavia, explica ainda que: "*Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste artigo, um ativista.*" POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo*. Revista *Direito, Estado e Sociedade*, nº 17, agosto-dezembro de 2000.)

Elival da Silva Ramos descreve o ativismo judicial como:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas". (RAMOS, 2010.)

Apesar de existirem inúmeros doutrinadores que dissertam sobre o tema, tem-se como verdade, que o ativismo é uma escolha de um magistrado/tribunal que, nos casos de omissão legislativa, optam por uma posição ativista e de forma criativa

solucionam a lide, visando garantir o direito da parte de ter a solução dos seus litígios, e garantindo novamente seus direitos e necessidades que são carecidas devido a omissão do legislativo ou até mesmo executiva. Portanto, perante a essas omissões o magistrado utiliza-se da interpretação expansiva da Constituição com o intuito de solucionar a problemática criada pela omissão dos demais poderes. É, portanto, um entendimento criado por determinado magistrado de maneira criativa que reformula uma interpretação do direito, muita das vezes antecede a uma lei de forma ampliada, gerando uma nova interpretação de perspectivas não contempladas no texto da lei, havendo um respaldo legislativo para tal atuação jurisdicional, conforme Pompeu e Maia (2013) (*apud* Eduardo Rocha e Fabiana Costa, 2020).

Vale ressaltar que, a interpretação extensiva acontece quando a legislação abrange mais casos do que a lei taxativamente contemplou, ou seja, é a ampliação para casos que coincidem com casos em que o legislador quis exprimir. Portanto, é quando o texto legislativo é menos amplo do que a *mens legislatoris* deduzida (FRANÇA, 1988, p.30) (*apud* Mateus Lúcio Mamede, 2012).

A origem do ativismo judicial para Barroso (2009) teria surgido com a decisão da Suprema Corte Norte Americana, quando esta decidiu a respeito da segregação racial, uma vez que sua decisão desafiou as leis vigentes, que corroboravam com as discriminações, e essa decisão confrontou o posicionamento progressista.

Realizando um apanhado histórico, reiteramos que o surgimento do ativismo judicial, segundo Barroso, foi:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...). Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 17/09/2022.

No Brasil, no final do século XX, com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi que o Supremo Tribunal Federal passou a ter uma

atuação mais ativista, tendo como influência o movimento ativista norte-americano. Diante disso, é imprescindível, salientar a grande influência que os Estados Unidos da América, tem sobre o nosso sistema de poder.

A doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr.¹² em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de janeiro de 1947. Nesse artigo, além de apresentar o termo, Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator de suas decisões. Schlesinger defendeu a importância em saber as questões que dividem os juízes da Suprema Corte norte-americana e isso porque “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”.¹³ Essa é uma lição fundamental para o contemporâneo momento de relevância política e social do Supremo Tribunal Federal. O artigo de Schlesinger avaliou a Suprema Corte de 1947, formada quase inteiramente por juízes nomeados pelo então ex-presidente Roosevelt. O autor classificou os juízes da Corte em: (i) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – Justices Black e Douglas; (ii) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – Justices Murphy e Rutledge; (iii) juízes campeões da autorrestrição – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) juízes que representariam o equilíbrio de forças (*balance of powers*) – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed. Para o autor, a Corte decidia dividida, tanto intelectual quanto pessoalmente, em dois grupos bem definidos: os ativistas, liderados por Hugo Black; e os autorrestritivos, liderados por Felix Frankfurter;¹⁴ restando a dois juízes, Fred Vinson e Stanley Reed, alinharem-se a um ou a outro grupo conforme o caso. Com essa divisão, a Corte Vinson foi marcada por certo equilíbrio entre o ativismo judicial e a autorrestrição judicial. Como será visto mais adiante (item 4.2., *infra*), esse equilíbrio teve fim com as mortes de Murphy e Rutledge. CAMPOS, ABRIL/JUNHO DE 2016.

Embora o termo “ativismo judicial” só tenha surgido apenas 1947, com Schlesinger Jr. *apud* RAMOS (2010), autor que criou essa expressão, a atuação de maneira ativa da Suprema Corte dos Estados Unidos teve sua consolidação no início do século XIX. Segundo Luiz Flávio Gomes (2009, p.A2) o ativismo judicial foi citado pela primeira vez:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos. (GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009)

No Brasil, o principal fator que disseminou o ativismo judicial foi a promulgação da Constituição de 1988, entretanto, o fenômeno ativista já se encontrava em exercício, porém, não era correlacionado ao ativismo judicial.

No período pós Constituição, abriu-se novos espaços para a execução da função jurisdicional no Brasil. Aqui, o ativismo judicial era mais presente, de forma expressiva e que, gradualmente, foi se intensificando.

A doutrina explana que, após o ano de 2004, houve uma atuação mais veemente dos Ministros do STF, pois o Tribunal começou a julgar temas que, até então, conforme a tradição, eram dirimidos pelas autoridades de cargos eletivos, como os temas atinentes à Política, mais especificamente às políticas públicas. Os julgamentos judiciais avançaram para campos que ainda não haviam sido desbravados pelos magistrados". (RAMOS, LETÍCIA FERREIRA, CAMPINAS, 2021, p.22)

Nesse sentido, Grostein (*apud* RAMOS, 2021) esclarece que a doutrina majoritária: "identifica a ocorrência de ativismo nos casos em que o Judiciário, como um todo, capitaneado pelo STF, atuou em prol da concretização de direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais".

Após a intensificação do ativismo judicial, verificou-se que o aumento do ativismo estava amplamente ligado à inércia do Poder Público, na consecução de políticas públicas, somatizando com a inefetividade das normas constitucionais que geravam uma eficácia legislativa limitada. Portanto, essa ausência de regulamentação infraconstitucional criou uma necessidade intrínseca do judiciário de agir, em casos de omissão, para que os direitos básicos garantidos pela Constituição Federal se concretizassem.

Não só o Supremo Tribunal Federal, mas também os outros órgãos do Judiciário passaram a ser protagonistas nas tomadas de decisões, mediante a necessidade de regulamentação em situações que podem ser elencadas como emergenciais, perante as eventualidades em que a legislação, diante de circunstância social, política e econômica não abarcadas pelas legislações e que permaneceram omissas.

2.2 A DIFERENÇA ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO.

No tocante ao ativismo judicial e a judicialização, é importante, antes de adentrarmos nos conceitos dos institutos, ressaltar as funções do Judiciário, que são previstas no artigo 2º da Constituição Federal, que descreve o Judiciário como um Poder da União, que tem independência e harmonia, em relação aos demais poderes Executivo e Legislativo, cuja principal função é a de aplicar as leis para solução de conflitos e defender e resguardar os direitos fundamentais.

É imprescindível, quando se aborda o tema do ativismo judicial, tratar também da conceituação e das diferenças existentes com a judicialização. Destarte, são temas que se entrelaçam e que, por vezes, podem ser confundidos entre si.

O fenômeno da judicialização é contemporâneo. Sua conceituação é ligada ao número de ações que são levadas ao judiciário em busca de sentenças, sendo deste modo, um aumento crescente de demandas ao judiciário para solucionar questões que, primordialmente, seriam de competência dos outros poderes, podendo ser de cunho político, social, moral, e de implementação de políticas públicas. Conforme Barroso (2018), é levada ao Judiciário, por se tratar de um instituto que demoraria menos tempo para solucionar a problemática. Tendo como lado positivo desse instituto uma maior efetividade na garantia dos direitos resguardados pela Constituição Federal, e lado negativo, a intervenção do judiciário em outro poder. Entretanto, é função do judiciário resguardar os direitos fundamentais e resolver conflitos, conforme o art. 2ª da CF, e a supervalorização do Judiciário. (Barroso, 2018)

Ao se tratar do ativismo judicial, também se trata de um fenômeno contemporâneo. Porém, é importantíssimo que não se misture, ou se confunda com judicialização, embora eles sejam institutos parecidos, não têm as mesmas origens. Conforme BARROSO (2018), é, por sua vez, uma demanda levada ao judiciário por omissão, ou inércia dos outros poderes, e os juízes tendem a julgar essas questões conforme o apelo social, buscando sempre o respaldo em lei. O lado positivo é a maior participação do poder judiciário na conquista e efetividade das demandas sociais. O lado negativo, seria o intervencionismo Judiciário em âmbito de competência dos outros poderes e a falta de parcialidade.

Por esta razão, cito as palavras ditas por Barroso, 2009, p. 106:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Partindo deste pressuposto, constatamos que o ativismo judicial, portanto, pode ser compreendido como uma interferência realizada pelo judiciário na competência dos demais poderes, quando age ativamente em situações nas quais o Legislativo e Executivos permanecem inertes e omissos.

Diferentemente do ativismo judicial, temos o instituto da Judicialização que, segundo o autor VIARO (2017) teve dois marcos importantes: o primeiro no plano internacional e o segundo, no nacional, discorrendo da seguinte forma:

No plano internacional, a discussão sobre a judicialização tem um dos grandes marcos na conferência *The Judicialization of Politics*, realizada em junho de 1992, pelo Centro Studi e Ricerche sull'Ordinamento Giudizario, ligado à Universidade de Bologna². Posteriormente, em 1995, Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder lançaram a coletânea *The global expansion of judicial power*³, que causou grande repercussão nos meios acadêmicos. Além dos trabalhos de Tate e Vallinder, vale a pena mencionar, ainda, os textos de Mauro Cappelletti, Antoine Garapon, Alec Stone-Sweet, Ran Hirschl, entre diversos outros⁴, integrando as principais referências para estudo da matéria. **Já no plano nacional**, tem-se como referência o trabalho "Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça", escrito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho ainda em 1993 e publicado, pela primeira vez, na Revista de Direito Administrativo, n. 198, correspondente a outubro/dezembro de 1994. Também, sem pretender listar todos, destacam-se os trabalhos de Marcus Faro de Castro, Maria Teresa Sadek e Rodrigo Arantes, Luiz Werneck Vianna, Ernani Rodrigues de Carvalho, Luís Roberto Barroso, Lenio Luiz Streck, entre outros.

Assim, o autor VIARO (2017) retrata que a judicialização no plano internacional teve um marco na Conferência "*The Judicialization of Politics*" que segundo ele, trouxe repercussão acadêmica por se tratar de questões que envolvem políticas sociais. Em sequência o autor representa, primeiramente, a publicação do trabalho "Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da Política e Politização da Justiça" escrito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em 1993 e publicado em 1994.

Ainda sobre a judicialização, esta pode ser tratada como um fenômeno no qual é levada ao conhecimento do Judiciário, matéria que não foi solucionada pelo Poder Executivo ou Legislativo. Porém, apesar da conceituação parecer equivalente ao ativismo judicial, são distintos quando, no instituto da judicialização são oriundas de questões de grande repercussão política ou social, que estão sendo resolvidas pelo Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais. Deste modo, entende-se que o processo da judicialização decorre do modelo constitucional, e não de exercício deliberado de vontade política.

A judicialização é um instituto complexo e não pode ser analisada somente em sua brevidade. Entretanto, este artigo não tem como finalidade, o aprofundamento

nas questões vinculadas à judicialização e suas peculiaridades. Deste modo, a retratação realizada será uma recapitulação básica do conceito e de sua distinção com o tema principal, sendo este, o ativismo judicial.

A judicialização pode ser trabalhada em duas perspectivas, a da judicialização da política e a judicialização das relações sociais, sendo o alvo da primeira vinculado a problemas relacionados com o foco no Estado, e em processos de modificação das relações entre seus Poderes, ou seja, é um processo de reorganização institucional. Já a segunda retrata a problemática sobre uma visão sociocultural, vinculando-se aos processos das relações sociais e as modificações. Deste modo, ligando ao expansionismo da conceituação de cidadania à modificação das relações entre a Sociedade e o Estado de Direito.

A propósito, as lições dadas pelo então ministro do STF Roberto Barroso (2018, p. 232-233) ao que concerne sobre o ativismo judicial, temos:

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

Nos casos de Judicialização, o Poder Judiciário é provocado para manifestar e não ultrapassa os limites dos pedidos formulados. Outra pontuação que difere do ativismo judicial é que o tribunal não tem a alternativa de conhecer ou não as ações, de se pronunciar ou não, uma vez que forem preenchidos os requisitos de cabimento da judicialização.

2.3 O *COMMON LAW* E SUA INFLUÊNCIA NO ATIVISMO JUDICIAL

O sistema de direito conhecido como *Common Law* é um sistema pelo qual se baseiam as decisões judiciais em precedentes criados a partir de casos jurídicos concretos. O papel do juiz e dos advogados é imprescindível nesse sistema, pois é um sistema que é abarcado pelas jurisprudências e pelos costumes. A principal característica desse sistema é não ser codificado, ou seja, não existe um código civil ou penal. A aplicação é mais objetiva e as regras se desenvolvem conforme a necessidade das relações sociais.

No caso, nenhum transplante jurídico poderia ter qualquer utilidade e, portanto, usar e reformular o material existente até transformá-lo em algo novo e adequado era a única resposta. Isto significava a judicialização dos mandados régios, especialmente os destinados a proteção da propriedade

da terra, de modo que as pessoas, pudessem contar com sua colheita seguinte. Significava também que o uso sistemático do júri, ao qual se recorrer ocasionalmente em uma variedade de circunstâncias. Finalmente, significava a criação de um corpo central de juízes reais, fiados em um lugar determinado. Assim, um judiciário e um corpo de Direito modernizados e, para a época, satisfatórios passaram a existir, livres da influência do Direito romano.” (CAENAGEM, 2010 p.81/82).

A publicação de Arthur Schlesinger Jr. (*apud* RAMOS, 2010) considerada como o ponto de partida do ativismo judicial, tem suas raízes vinculadas ao *commom law*. As decisões, muitas vezes, adotavam o conhecido como “*judicial review*” sem nenhum parâmetro legislativo escrito em norma. Baseavam-se na autoridade que o juiz detinha para controlar a legislação sobre o princípio do *commom law*. Diante disso, temos a posição doutrinária a respeito dessa temática:

Nos Estados Unidos, o “*judicial review*” é entendido, desde *Marbury v. Madison* (1803), como a avaliação judicial de atos governamentais para assegurar a compatibilidade com a Constituição. Mas antes e depois do caso *Marbury*, cortes estaduais e federais desenvolveram e praticaram uma espécie de “*judicial review*” no qual os princípios da *Common Law*, conjuntamente ou ao invés de um cânon documental, onde se utiliza o corpo fundamental da doutrina jurídica para avaliar as ações públicas. Barroso, 2015.

Outrossim, pode-se constatar que o ativismo judicial tem suas origens ligadas ao *commom law*. Por este motivo, é necessário que a conceituação dos dois institutos esteja presente neste trabalho de conclusão de curso.

No Brasil, o instituto do ativismo judicial tem como principal ferramenta para justificar e ampliar a falta de efetivação dos direitos e garantias que são constitucionalmente garantidos, porém, carece de efetivação concreta, graças à inércia do poder legislativo e executivo.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS, O PAPEL NO CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas compreendem um conjunto de processos de ações, programas, medidas e iniciativas criadas pelos governos, com a participação de entes

públicos ou privados, com a finalidade de assegurar os direitos que são garantidos à sociedade.

As políticas públicas têm como função, garantir a igualdade de oportunidade para todos, assegurando as condições que promovem e asseguram a dignidade da pessoa humana. Deste modo, são considerados sistemas que executam os programas políticos na intervenção na sociedade (APPIO, 2004). Ainda sobre isso, ele conceitua da seguinte forma:

As políticas públicas podem ser conceituadas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos". APPIO, 2004 p. 136

As Políticas Públicas também são conceituadas por Souza, da seguinte maneira:

Política Pública é uma área do conhecimento que procura, concomitantemente, "colocar o governo em ação" e/ou examinar essa atitude e, quando essencial, sugerir alterações no curso dessas atitudes. A concepção de políticas públicas consiste no estado em que os governos democráticos transpassam suas intenções e plataformas eleitorais em projetos e ações que renderão resultados ou transformações no mundo SOUZA, Celina., Caderno CRH 39: 11-24. 2003).

Após conceituarmos o que são as Políticas Públicas, é necessário que haja uma conceituação e diferenciação entre políticas públicas distributivas, redistributivas, regulatórias e constitutivas. A conceituação dos tipos de políticas públicas será embasada na concepção do autor Felipe Araújo (2021):

As políticas públicas distributivas estão relacionadas ao fornecimento de serviços e equipamentos por parte do Estado à população, beneficiando grupos sociais ou regiões, são popularmente conhecidas como "políticas sociais". Exemplo disso: vacinação contra febre amarela, inauguração de escolas, ampliação e construção de aeroportos. As políticas redistributivas têm como objetivo alocar bens ou serviços para reduzir as disparidades sociais, visando que o cidadão de baixa renda tenha benefícios, como por exemplo: isenção de impostos para famílias de classes sociais mais baixas.

As políticas públicas regulatórias são políticas que visam a criação e fiscalização de normas e leis que atuem na garantia do bem-estar comum, podendo deste modo, instituir princípios de conduta para a comercialização, ou seja, regras para comércio de produtos ou princípios de comportamento e modelos e conduta. É

importante ressaltar que é responsável pela normatização das políticas públicas distributivas e redistributivas.

As políticas públicas constitutivas são as que estabelecem e distribuem a responsabilidade entre municípios, estados e o Governo Federal, regulamentando suas próprias criações de políticas públicas. Exemplo: minha casa, minha vida.

Portanto, temos que as políticas públicas visam proteção do cidadão de eventuais situações que gerassem violações ao princípio da dignidade da pessoa humana, passou a defender a existência de um “mínimo existencial” para que seja garantida essa dignidade da pessoa humana. Diante disso, ao analisar a visão da doutrina de Canotilho (1991), nota-se que ele entende que a efetividade dos direitos fundamentais sociais depende de recursos econômicos existentes (apud Lucas Daniel Ferreira, 2013).

Partindo do vislumbre do autor (Antônio Ítalo de Oliveira, 2016), temos a existência de uma dependência entre a efetividade da garantia da dignidade da pessoa humana e a limitação de recursos públicos, o que demonstra a verdadeira restrição a efetivação dessas garantias, frente aos recursos disponíveis (que não são os suficientes para se ter medidas efetivas).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, em decisão, se referiu à capacidade estatal desta forma (apud Christiane Falsarella, 2012)

Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Schwabe, Jürgen. Alemão, p. 664.

Apesar de não existir uma previsão legal para o “mínimo existencial” é vinculado aos princípios de liberdade, igualdade, livre iniciativa e devido processo legal. O direito garante que a pessoa tenha uma vida digna e consiga sobreviver e exercer seu direito de liberdade.

Portanto, é importante salientar que para que ocorra uma concretização dos direitos sociais, individuais, coletivos e difusos, garantidos pela Constituição de 1988, ocorre também, por meio de políticas públicas que geram o desenvolvimento e paz social ao Estado Democrático de Direitos.

3.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O ativismo judicial como forma de intervenção e controle de políticas públicas é recorrentemente chamado pela doutrina de “judicialização da política ou de políticas públicas” segundo Camila Ferreira (*apud* Shapiro Martin, 2002, p.294).

Vale ressaltar que, além de verificar a regularidade formal das políticas públicas, os juízes julgam o mérito de alocações que foram efetuadas por meio de recursos públicos, sendo esta atuação do Poder Judiciário uma forma de ruptura com o dogma da separação dos poderes, conforme a visão de Montesquieu (Estado Liberal), no sentido de garantir o bem-estar social.

Decorrente disso, existe a necessidade de buscar meios alternativos na sociedade civil e no aprimoramento de convênios e pactos no controle de políticas públicas, gerando assim, a concretização dos direitos garantidos pela Constituição Federal.

Há que se reconhecer, portanto, uma constante judicialização da política, fenômeno decorrente do papel central que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passaram a ocupar no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, é importante lembrar que, em razão do caráter normativo da Constituição, formada por normas jurídicas abstratas de forte tendência política, e que se abrem às interpretações criadas, acaba por viabilizar entendimentos diversos sobre assuntos complexos, exigindo a intervenção pacificadora do Poder Judiciário. Diante disso, temos sobre a intervenção judicial sobre a ótica do ativismo Judicial:

A intervenção judicial, sob o manto do “ativismo judicial”, ancorado no império da Constituição, deve pautar-se, como sustenta J.J. Canotilho, “no controlo jurídico de razoabilidade do acto do poder público”. Ressalta o professor os princípios e limites: i) “conformidade ou adequação: impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes; ii) exigibilidade ou da necessidade ou “menor ingerência possível”, exigindo a prova de que para obter-se determinados fins, não seria possível usar outros meios menos oneroso para o cidadão; iii) proporcionalidade em sentido restrito, segundo o qual o Judiciário deve intervir com a carga coercitiva e justa medida para a consecução dos fins pretendidos⁵². (CANOTILHO, 1999, p. 264-265. (*apud* Heliana Maria, 2010).

As políticas públicas se traduzem em prestações positivas da atividade estatal por meio do exercício das funções do Estado, seja pela construção normativa do Legislativo, pelo ato de governo do Executivo e pela decisão do Judiciário para a consecução dos objetivos e fins sociais do Estão Democrático de Direito.

Na visão de Lenio Luiz Streck (2012), o ativismo judicial seria então “do deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da

jurisdição constitucional, no Estado Social e Democrático de Direito, permitindo por mecanismos jurídicos a forte atuação do Poder Judiciário, pela Carta Política que o legitima e fortalece.

Todavia, o Poder Judiciário tem capacidade e dever de atuar no controle das políticas públicas, pois é uma função do Estado Democrático de Direito garantir a sua sociedade uma vida digna, não obstante, sua atuação deve ser pautada pelas exigências do justo direito e amparada pelo sistema. Segundo Canotilho (1998), entende-se que devem atuar em conformidade com a Constituição Federal para estabelecer e garantir que os objetivos da Constituição sejam efetivados, tendo em vista que o Judiciário é um guardião da Carta Magna. (apud. João Gomes Dutra Neto, 2014).

3.3 A TEORIA TRIPARTIDA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES: LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO

É importante salientar que o controle de Políticas Públicas e a intervenção judicial precisa ser embasada no princípio dos freios e contrapesos. A teoria do sistema de freios e contrapesos consiste basicamente na ideia de controle do poder exercido pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia e exerceria sua função, mas seria controlado pelos outros poderes também. Desta forma, serviria como meio de prevenção de abusos no exercício do poder por quaisquer dos Três Poderes.

A Tripartição dos poderes, também é chamada de separação dos poderes. Diferentemente das nomenclaturas utilizadas pelos doutrinadores, a Constituição Federal utiliza-se da nomenclatura de “Separação dos Poderes”, deste modo, a doutrina retrata como Teoria Tripartite dos Poderes, por entender que a denominação “separação” traz o viés que os poderes são separados, quando na realidade fazem parte de um único poder do Estado. Em consoante a isto, temos as palavras de LENZA, (2017) que afirma o Poder do Estado é uno, indivisível e indelegável, sendo emanado do povo e atribuído ao Estado.

A teoria de Separação dos Poderes ou Tripartite dos Poderes, tem seu contexto principal descrito por Luís Roberto Barroso como:

[...] as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a

proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação dos poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. (BARROSO, 2015. P.208)

A teoria de Montesquieu buscava amenizar o Poder Absoluto atribuído ao Estado, repartindo as funções Estatais para evitar que arbitrariedades, permitindo que houvesse uma harmonia entre os Poderes (apud. LENZA, 2015).

É importante salientar que, a Separação dos Poderes foi atribuída para limitar o poder Estatal, pois na época o Estado era o único detentor de poder, e era comum que o Estado ultrapassasse de forma exacerbada seu poder.

De acordo com a Constituição Federal em seu art. 2º, a Separação dos Poderes é um princípio base do ordenamento brasileiro, uma vez que sua importância é revestida no viés de evitar arbítrios dos Poderes. Sobre a forma de separação de poderes, foi dividida entre o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme:

Montesquieu (*apud* ALBUQUERQUE, 2001) define pela teoria da separação dos poderes, que todos os poderes deveriam estar submetidos a leis e a cada um deles deveriam ser destinadas determinadas funções. Ao poder legislativo caberia o dever de criar as normas, estabelecer regras para serem cumpridas buscando o desenvolvimento do país. Esse poder deveria ter vários representantes populares, já que a população não seria capaz de decidir os seus próprios assuntos, tornando, portanto, legítima a democracia representativa para Montesquieu. Ao poder executivo atribuiria-se o dever de executar as regras e as normas impostas pelo poder legislativo, uma atuação voltada ao âmbito administrativo. Por fim, ao poder judiciário outorgaria a função de executar as leis nos casos de conflitos, de maneira neutra e imparcial.

É importante mencionar, que o sistema atual de Separação de Poderes, possui funções típicas e funções atípicas. Conforme Lenza, não se deve confundir a possibilidade de “invadir” a atribuição dada a certo poder, de forma que as prerrogativas asseguradas não poderão ser outorgadas de um poder a outro, retratando, deste modo, a própria conceituação de um Princípio Constitucional da Indelegabilidade de Atribuições, conforme aduz:

Trata-se do Princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas), e diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo. (LENZA, 2015. P. 210-211)

Deste modo, possibilita em casos específicos que determinado poder conclua atribuições/funções que são atribuídas a outro poder, exercendo uma competência que não é originariamente sua, de modo a combater a omissão de tal poder.

As mudanças Legislativas não acontecem da mesma forma que a sociedade passa por transformações. Deste modo, tratando-se das mudanças legislativas, essa lentidão traz aos tribunais a conveniência de renovar o direito objetivo (DONIZETTI, 2016, p. 16)

Sobre esse processo lento que precede as mudanças legislativas, o autor juntamente com Felipe Quintella, disserta sobre:

O leitor pode estranhar o porquê de não ser pacífico o reconhecimento da jurisprudência como fonte formal do Direito. A questão é a seguinte: o sistema político brasileiro dividiu os poderes do Estado em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. A ideia é que as leis sejam elaboradas por representantes do povo, eleitos para integrar o Poder Legislativo. Por essa razão, os extremistas negam ao Poder Judiciário a atribuição de criar normas jurídicas. No nosso entender, todavia, não há incompatibilidade teórica entre a criação de normas pelos tribunais e o princípio da independência dos três poderes. Isso porquanto o artigo 2º da Constituição não estabelece que a independência seja absoluta, senão que seja harmônica. (DONIZETTI, 2016, p. 17)

Partindo do entendimento dos autores, podemos identificar que não existe obstáculo na maneira que o Poder Judiciário ao assumir uma posição ativista exercendo de forma harmoniosa o poder legislativo. Para o autor Moraes, o entendimento fixa-se da seguinte forma:

[...] o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição dos Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controle recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (check and balances). (MORAES, 2017. p. 435)

Renato complementa as palavras de Moraes da seguinte forma:

[...] ao exercer a atividade criativa como mecanismo de atuação jurisdicional, o magistrado: a) possui participação mais atuante na concreção da norma individual e concreta, pois não basta a mera aplicação da lei no caso concreto. É necessário encontrar uma solução que esteja em conformidade com aquele específico caso concreto objeto de julgamento. (SÁ, Renato, 2015, p.75.)

Diante do cenário atual que estamos vivendo atualmente no Brasil de omissão do Legislativo e Executivo, devido à demora procedimental, não exercer o ativismo judicial levaria a um desrespeito a Soberania Constitucional, visto que os direitos assegurados pela Carta Magna ficariam sem a sua devida aplicação eficaz, tornando a Constituição Federal como um instrumento ineficaz, detentor de direitos e deveres, entretanto, não eficaz quando falamos de atuação prática, conforme Fernand Lassalle, (*apud* MASSON, 2016).

Entretanto, diante disso, Elival adverte que as deliberações judiciais atuadas de forma inovadora e criativa pelos Tribunais o seguinte:

[...] com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executório, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado Democrático de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes. (RAMOS, 2015.p. 123)

A função precípua da Constituição Federal de 1988 é a de ser garantista dos direitos fundamentais e inerentes ao ser humano. Portanto, deve-se buscar efetividade e concretizar os objetivos constitucionais. Vale ressaltar que a Teoria de Separação dos Poderes é harmoniosa e os poderes conversam entre si, não são poderes SUPREMOS, sem limitação ou funções equivalentes delimitadoras entre si, em virtude de que apenas existem para atender as necessidades da sociedade, do povo.

CONCLUSÃO

A nossa sociedade encontra-se em constante mudança e da mesma forma os movimentos constitucionais tendem a evoluir conforme a necessidade de determinado grupo.

O constitucionalismo é um sistema que está inerentemente vinculado às constituições, pois, sua função é de sustentação de uma limitação do poder, evitando que os interesses pessoais dos governantes interfiram e acabem abrindo lugar para as arbitrariedades, deixando desta forma, a sua função precípua de ser o detentor do poder do povo.

Nesse contexto foi abordada a temática do presente artigo: a consequência da não eficácia legislativa e a necessidade de evolução da sociedade. Dessa forma, a consequência que fica evidente é que a atividade jurisdicional, utilizando-se de conformidades previamente estabelecidas. O Judiciário, por ter como uma de suas funções precípua a de garantir e salvaguardar os direitos fundamentais, atua em questões nas quais falta atuação do Legislativo e Executivo.

A atuação dos magistrados no ativismo judicial e suas limitações são aqueles que são estabelecidos na Constituição Federal e nas leis, e inclui os princípios e interpretações assim como a analogia, e o que legitima a decisão de um juiz é sua fundamentação correta, e para isso, o juiz pode levar em considerações princípios e

analogias. Diante disso, é preciso respeitar as competências atribuídas aos três poderes, porém, diante da inércia do legislativo o judiciário não se mantém inerte, devido a sua função de garantir os direitos e o mínimo existencial tende a adquirir uma postura proativa conhecida como ativismo judicial, que se popularizou com o surgimento do neoconstitucionalismo a figura do ativismo judicial tomou força para efetivar os direitos fundamentais pelos quais somos assegurados pela constituição magna.

É válido ressaltar que, as pesquisas realizadas neste artigo são superficiais não chegando a uma conclusão de que o ativismo judicial nos tempos de hoje é a melhor solução, a longo prazo, para a problemática da inércia e omissão tanto do Legislativo quanto executivo, levando o posicionamento proativo do Judiciário, porém, é notável que nos dias de hoje é imprescindível até que surja um novo instituto ou uma solução para esta problemática que afeta o protecionismo e o gerativismos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ABREU, João Paulo Pirôpo. **A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos Poderes**. Brasília: CEJ, 2013.

APPIO, Eduardo Fernando. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 136.

ARAÚJO, Felipe, **Políticas Públicas**, INFOESCOLA, 2021. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociedade/politica-publica/> acessado: 03 de setembro de 2022.

BALDISSERA, Rafaela dos Reis. **Neoconstitucionalismo: sua interpretação teórica**, moral e jurisprudencial Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 julho 2016, 04:45. Disponível:<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46962/neoconstitucionalismo-sua-interpretacao-teorica-moral-e-jurisprudencial>. Acesso em: 15 set 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. *Revista Atualidades Jurídicas* – Revista Eletrônica do Conselho

Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <
http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra/Portugal: Almedina. 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. Citado por SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. **Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ªed.,Coimbra: Almedinha. 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Tese de Mestrado em Direito Constitucional na Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. 2012.

GOMES FLÁVIO, LUIZ. **Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo**, Jus Brasil, 2011. Disponível em:

<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121921799/constitucionalismo-e-neoconstitucionalismo> Acesso: 03 de outubro de 2022.

GOMES FLÁVIO, LUIZ. **STF – ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?>

LOWENSTEIN, Karl, **Teoria de la Constitución**. Trad. **Alfredo Gallego Anabitarte**. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1976.

Nathalie. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 29.

NETO, João Gomes Dutra. **Constitucionalismo: acepções Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 19 jun 2014, 05:00. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39849/constitucionalismo-acepcoes>. Acesso em: 15 set 2022.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. **O mínimo existencial e a concretização do princípio da dignidade humana**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n 4772, 25 de jul. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50902/o-minimo-existencial-e-a-concretizacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana> Acesso em: 3 de outubro de 2022.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

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

RUDOLFO, Rafael Nunes Pires. **Da Common Law ao Ativismo Judicial**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SANTOS, Victor. **Evolução do Constitucionalismo como mecanismo de limitação do poder estatal**, JUS, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63663/evolucao-do-constitucionalismo-como-mecanismo-de-limitacao-do-poder-estatal> Acesso: 03 de outubro de 2022.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. Fortune, vol. 35 (1), 1947, p. 73.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**, p. 664.

SHAPIRO, Martin. **"Political Jurisprudence"**. Kentucky Law Journal 52 (1964), p. 294, apud Shapiro (2002:294). Citado por FERREIRA, Camila Duran et alli in **"O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: O caso AIDS"**. Monografia apresentada ao IPEA, para concorrer ao Prêmio IPEA – 40 anos.

SOUZA, Celina. **"Políticas Públicas: Questões Temáticas e de Pesquisa"**, Caderno CRH 39: 11-24. 2003.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. **RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS** Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013

STRECK, Lenio. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi**

Ferrajoli. Org: Luigi Ferrajoli, Lenio Streck e André Karam. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Pág. 75-86.