

**FACULDADE DO INSTITUTO BRASIL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

MATEUS FELIX PIRES MORAES

**ATIVISMO JUDICIAL NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL: NO
ENFOQUE DA EFICÁCIA OU DESZELO NA GARANTIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**ANÁPOLIS/GO
2018**

MATEUS FELIX PIRES MORAES

**ATIVISMO JUDICIAL NA PRESTAÇÃO DA TUTELA
JURISDICCIONAL: NO ENFOQUE DA EFICÁCIA OU DESZELO NA
GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso
Apresentado ao Curso de Bacharelado
em Direito da Faculdade FIBRA, como
requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ms. Márcia Beatriz
dos Santos.

**ANÁPOLIS
2018**

FACULDADE DO INSTITUTO BRASIL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA

MATEUS FELIX PIRES MORAES

**ATIVISMO JUDICIAL NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL:
no enfoque da eficácia ou des zelo na garantia dos Direitos Fundamentais**

Banca Examinadora

Orientadora: Prof^a. Ms. Márcia Beatriz dos Santos

Anápolis: ____/____/____

Nota: ____

ANÁPOLIS
2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, em primeiro lugar, por ser o responsável por toda a minha caminhada acadêmica, bem como o socorro na hora da aflição. Aos meus pais, por sempre me ajudarem. Aos meus irmãos, familiares e amigos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força concedida.

Aos meus pais, responsáveis por moldar o meu caráter e ensinarem que a vida se torna melhor com o conhecimento adquirido.

Aos professores da instituição, em especial, ao Guilherme de Moraes Bittar, pela indicação bibliográfica e incentivo à escolha da temática.

Ao professor Mestre Zilmar Wolney Aires Filho, pela orientação inicial e zelo por seus ensinamentos.

À minha orientadora, que tanto contribuiu para a realidade deste trabalho.

Aos meus amigos, especialmente os da minha turma, por serem companheiros firmes nesta jornada.

As estimáveis Lanúcia, Ludimila e Roberta, pessoas que Deus preparou para me auxiliarem no meu labor de estagiário.

Aos meus líderes religiosos Edna, Ezequias e Volnei, por me auxiliarem na parte espiritual.

“Bem-aventurados os que têm fome e sede
de justiça, porque eles serão fartos”.

Mateus 5:6

RESUMO

O Ativismo Judicial é realidade constante no mundo jurídico Brasileiro, apesar de não ser exclusividade nossa. Para tanto, a presente monografia manterá a linha da eficácia dos Direitos Fundamentais, demonstrando os conceitos e origens do Ativismo Judicial e uma abordagem no fenômeno da Judicialização, após o que será estudada a doutrina do Neoconstitucionalismo, a fim de entendermos os fatores de impulsão das decisões ativistas. E, por fim, o trabalho será fechado com o estudo da Tripartição de Poderes e Princípio da Separação de Poderes, os riscos que o Ativismo Judicial traz para este princípio e os exemplos dos atos proativos do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Direitos Fundamentais, Judicialização e Neoconstitucionalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – ABORDAGEM SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO	10
1.1- CONCEITOS DE ATIVISMO JUDICIAL	10
1.2 - ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL	13
1.3 - JUDICIALIZAÇÃO	15
1.4 - AS FACES POSITIVAS E NEGATIVAS DO ATIVISMO JUDICIAL	17
CAPÍTULO II – NEOCONSTITUCIONALISMO	20
2.1 - O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL	20
2.2 - CONCEITOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO	21
2.3 – AS ORIGENS DO NEOCONSTITUCIONALISMO	24
2.4 – O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL	27
CAPÍTULO III – O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	30
3.1 - TRIPARTIÇÃO DE PODERES E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	30
3.2 - O ATIVISMO JUDICIAL E A ULTRAPASSAGEM DOS LIMITES DA SEPARAÇÃO DE PODERES, CRÍTICAS E CONSEQUÊNCIAS PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.....	34
3.3 - EXEMPLOS DE ATUAÇÕES DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO USURPADAS PELO PODER JUDICIÁRIO EM DECISÕES PROATIVAS	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

A prestação da tutela jurisdicional nasce com a provocação do Estado-Juiz para decidir em casos concretos. Portanto, os componentes da nação, sempre, precisarão do serviço do Poder Judiciário, em razão de ser um Direito Fundamental, estabelecido na Carta Constitucional de 1988.

Os Direitos e Garantias Fundamentais, cujo fundamento reside na proteção da dignidade da pessoa humana, ganharam notoriedade com a Constituição vigente, em razão de tais direitos terem sido maculados com o período ditatorial, bem como a assinatura de Tratados de Direitos Humanos.

Com isso, a Carta Magna passou a ser interpretada sem restrições, a fim de garantir os Direitos Fundamentais, concedendo um trabalho mais amplo aos membros do Poder Judiciário, e, conseqüentemente os atos dos magistrados tornaram-se prestigiados pela sociedade, o que se denomina de Neoconstitucionalismo.

Acreditamos, portanto, que o Ativismo Judicial no Brasil, nasceu com fundamento no narrado nos parágrafos anteriores. Assim, os magistrados tomaram liberdade de invadir a esfera de atuação dos outros Poderes do Estado, para uma prestação da tutela jurisdicional, voltada a assegurar o exercício dos direitos sociais, individuais, a liberdade, a segurança, coadunando com o preâmbulo constitucional.

Ocorre que o Ativismo Judicial era para ser uma exceção, mas acabou se tornando uma regra na realidade Jurídica Brasileira, considerando a Jurisprudência Pátria. Dessa forma, torna-se preocupante para a democracia, por andar em desacordo com o princípio da Separação de Poderes.

De outro lado, vale lembrar que em alguns eventos da atuação proativa do Poder Judiciário, sucede, na verdade, o fenômeno da Judicialização, que, apesar de ser parecido com o Ativismo Judicial, não são sinônimos. Caberá, nesta monografia, demonstrar a afirmação retromencionada.

Em outra esfera, o filósofo Montesquieu, em sua obra intitulada de: O Espírito das Leis, o escritor aperfeiçoou o que fora mencionado pela primeira vez, pelo filósofo grego Aristóteles, assim como definiu a teoria para se tornar o princípio da Separação de Poderes, o que temos hoje.

Ante o demonstrado, o fenômeno será estudado profundamente, com destaque para a doutrina do novo Direito Constitucional, que, impulsiona o fenômeno do Ativismo Judicial.

Apesar do evento do Ativismo Judicial parecer ser assustador, podemos extrair, através de pesquisas bibliográficas, as suas faces positivas.

Por último, será explanado os atos do Poder Judiciário, com ênfase para o Supremo Tribunal Federal, considerados por estudiosos de decisões proativas.

CAPÍTULO I – ABORDAGEM SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

O Ativismo Judicial consiste em decisões proativas do Poder Judiciário, decisões que, por vezes ultrapassam os limites estabelecidos na Carta Magna. Portanto, será abordada a conceituação deste fenômeno por diversos autores, bem como será demonstrado as suas origens e faces positivas e negativas.

De outro lado, fará uma breve análise da Judicialização, fenômeno semelhante ao Ativismo Judicial. Assim, far-se-á um estudo deste tema, com sua conceituação e diferenças para o Ativismo Judicial.

Ressalta-se que, a monografia tratará do Ativismo Judicial. Entretanto, é de suma importância fazer uma abordagem da Judicialização, porquanto são fenômenos semelhantes, tendo em vista que, ambos estão na realidade do Poder Judiciário. “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”. (BARROSO, 2012, p. 06).

1.1- CONCEITOS DE ATIVISMO JUDICIAL

Este fenômeno, não é exclusividade nossa, tampouco recente no mundo jurídico, contudo, há uma grande demanda no Poder Judiciário Brasileiro, algo que torna-se preocupante para nós, aplicadores do direito, porquanto as atuações dos outros poderes são usurpadas.

Conceituar o tema é uma tarefa árdua, pois “o interessado pelo ativismo constata facilmente a falta de delimitação do termo”. (KMIEC *apud* DIMOULIS e LUNARDI, 2011, p. 460).

Em estudo sobre o tema, Dimoulis e Lunardi apontam duas alternativas de definições, sendo uma de cunho quantitativo e a outra é a definição qualitativa. A primeira “Identifica como ativistas os juízes que intervêm demasiadamente nas decisões dos demais poderes, afetando sua separação e equilíbrio” (DIMOULIS e LUNARDI, 2011, p. 461).

A definição de cunho quantitativo leva em conta apenas a frequência de decisões proativas, não permitindo concluir sobre a temática, tão somente pela demanda. Doutra parte, a qualitativa é interessante, vejamos:

Não interessa a frequência da intervenção e sim o critério de atuação (ou de não atuação) do juiz. Essa perspectiva é promissora, mas exige que sejam formulados critérios claros, deduzidos de uma teoria de interpretação do direito. Tais critérios não foram formulados na doutrina consultada. Isso se deve à dificuldade de distinguir entre ativismo qualitativo e atuação inconstitucional-ilegal do julgador. Aquele que atua além dos limites constitucionalmente estabelecidos contraria a Constituição e abandona o papel de seu guardião. Em tais casos, quem se refere ao ativismo usa um eufemismo para a violação do direito (DIMOULIS e LUNARDI, 2011, p. 462).

Nota-se, para a definição qualitativa, que independe do número da demanda, mas qualquer juiz que ultrapassar os limites estabelecidos na Constituição Federal. Portanto, esse conceito apresenta-se desfavorável ao Ativismo Judicial, não observando se há benesses ou prejuízos.

De acordo com Barroso, o Ativismo Judicial é uma atitude do Poder Judiciário:

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 retratação do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p. 06).

Seguindo o conceito acima, pode-se afirmar que um dos fatores da efetivação desse fenômeno é devido à inércia do Poder Legislativo, pois o Poder Judiciário, ao ser provocado tem o dever de prestar tutela jurisdicional. A atitude é algo que foi implantado na jurisprudência de todos os tribunais brasileiros, em virtude dos exemplos da Suprema Corte.

Segundo Streck “[...] o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso “avanço” seja para manter o *status quo*. [...])” (STRECK, 2018, s/p). Assim, entende-se pelo deslocamento do processo legislativo para os atos do Poder Judiciário, podendo ser uma decisão de um juiz monocrático ou uma decisão de um órgão colegiado.

Para adentrarmos nos próximos conceitos, é preciso trazer os conceitos dos dois grandes modelos jurídicos: a) modelo do direito codificado brasileiro (*civil law*); b) modelo do precedente judicial anglo-saxão (*common law*). Vejamos o ensinamento de Tavares:

Há uma radical oposição e (aparente) incompatibilidade entre os dois, modelos mencionados. Realmente, enquanto o modelo codificado (caso brasileiro) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais organizadoras, o modelo jurisprudencial (caso norte-americano, em parte utilizado como fonte de inspiração para criação de institutos no Direito brasileiro desde a I República) obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado). Este modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*). É, pois, um sistema nitidamente judicialista. Já o direito codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei (TAVARES, 2006, p. 20).

O *civil law*, adotado no Brasil, tem a legislação como principal fonte do direito. Doutra parte, o *common law* faz uso das decisões judiciais como fonte do direito, usando o que fora aplicado em casos concretos semelhantes, para decidir eventuais litígios que venham ao Poder Judiciário.

[...] resta compreensível porque nos sistemas de *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso de interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislador ou pelos precedentes vinculantes são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. [...] (RAMOS, 2015, p. 112).

O conceito do autor supramencionado ensina que o Ativismo Judicial no *common law* tem significado amplo. Destarte, não há um sentido negativo do termo, mas elogios. No modelo do precedente judicial anglo-saxão, o ativismo não consiste em uma atividade proativa do Poder Judiciário, mas algo normal, tendo em vista que a jurisprudência é o principal segmento do sistema jurídico.

O professor Reis, na sua tese de doutorado, aduz que no sistema brasileiro, ou seja, o *civil law*, “o ativismo judicial deve ser estudado como uma espécie de disfunção do exercício da função jurisdicional” (REIS, 2014, p. 50). Nesse ponto, podemos afirmar que o Poder Judiciário trabalha de forma anormal.

O doutrinador Bulos, de forma direta, define o Ativismo Judicial como “o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo” (BULOS, 2014, p. 442). Desse modo, é o processo legislativo ser transformado por atos do Poder Judiciário, ao invés dos parlamentares, os magistrados exercem essa atribuição.

O Ativismo Judicial está além do incumbido ao Poder Judiciário, consideramos ser este o melhor conceito para entendermos o comportamento ativista.

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que o 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 (RAMOS, 2010, p. 129).

Nesse cenário, o Ativismo Judicial é uma poderosa atividade do Poder Judiciário, onde os juízes, ao prestarem tutela jurisdicional, interpretam a Carta Magna e as Leis acima do que foi destinado na Constituição Federal.

1.2 - ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

Como já discutido no tópico anterior, o Ativismo Judicial não nasceu no Brasil, por isso, deve-se trazer os locais de origem deste fenômeno, a fim de entendermos o tema, para, assim, compreendermos os demais capítulos.

“As origens do Ativismo Judicial remontam à jurisprudência norte americana” (BARROSO, 2012, p. 07). Assim sendo, o fenômeno em estudo surgiu no Poder Judiciário dos Estados Unidos da América.

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 v. 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 v. 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 v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2018, p. 07).

A citação acima demonstra os casos de decisões proativas da Suprema Corte Americana, note-se que a partir da década de 1950, fora progressista em matéria de Direitos Fundamentais. Contudo, as decisões ativistas no *common law*, sistema dos Estados Unidos, torna-se viável, em virtude do mundo jurídico e político girar em torno dos precedentes judiciais.

A respeito disso, vejamos o ensinamento abaixo:

O termo “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos e relacionava-se à atuação da Suprema Corte. Quando foi usado pela primeira vez, não foi acompanhado de uma definição precisa. O professor de Harvard, Arthur Schlesinger, inaugurou o uso acadêmico do termo. Em artigo que avaliava a Suprema Corte após dez anos do final da chamada era Lochner, e sem grande rigor metodológico, Schlesinger, historiador de renome, dividiu os ministros da Suprema Corte em “ativistas” e “campeões da autocontenção”. Os primeiros teriam uma postura mais inovadora, enquanto os outros decidiam de modo mais comedido. Não havia grandes bases empíricas para essa classificação, mas o termo “ativista” foi bem recebido (REIS, 2018, p. 44).

Do mesmo modo, o Ativismo Judicial nasceu nos Estados Unidos, o responsável por inaugurar o uso universitário do termo em Havard, professor Arthur Schlesinger, que estudou o fenômeno. No seu artigo, Schlesinger definiu duas classes de ministros, sendo os ativistas e campeões de autocontenção.

Os ativistas possuíam uma visão inovadora, isto é, favoráveis às decisões proativas, ao passo que os campeões da autocontenção eram conservadores, de maneira fechada as novidades jurídicas.

Percebe-se que, a atitude ativista teve início na Suprema Corte, assim como no nosso país, essa atitude do Poder Judiciário é oriunda do Supremo Tribunal Federal, em razão deste órgão ser os responsáveis pela interpretação da Carta Magna, “parece-nos que o Judiciário tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais” (LENZA, 2017, p. 97).

1.3 - JUDICIALIZAÇÃO

A Judicialização não é uma opção do Poder Judiciário no Brasil, como no Ativismo Judicial, pois a Constituição Federal Brasileira adotou esse modelo, situação que não deixou escolhas aos juízes.

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. (BARROSO, 2012, p. 06).

Logo, conforme o mesmo autor afirma que, alguns assuntos que deveriam ser resolvidos pelos outros poderes, estão sendo debatidos e resolvidos pelo Poder Judiciário.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2012, p. 03).

A transferência de atribuições para o Poder Judiciário, deve-se ao sistema Brasileiro, onde na maioria das vezes, tal poder, decide por último. Nesta vereda, preceitua Nunes e Nóbrega:

A perspicácia da sociedade civil tem sido provocada, nos últimos tempos, por meio da repetição e entronização do credo na supremacia do Judiciário como o único e último autorizado intérprete constitucional. Segundo discurso corrente, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de intérprete da Constituição, está autorizado a errar por último e, assim, não pode ter suas decisões rejeitadas ou desobedecidas por nenhum cidadão ou por nenhum outro poder (NUNES e NÓBREGA, 2018, s/p).

Diante disso, impõe-se que, as questões de larga repercussão devem passar pelo crivo do Poder Judiciário, tendo em vista que este é o último intérprete

constitucional. Ademais, os membros do Poder Judiciário, devem ser mais preparados juridicamente, isto é, o notório saber jurídico exigido aos ministros da Suprema Corte e demais órgãos.

A Judicialização apresenta-se positivo à legitimidade democrática, porquanto há Direitos Fundamentais ao ser humano que o Poder Judiciário tem o dever de prestar tutela jurisdicional. “Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à vida e mesmo fornecimento de medicamentos, o judiciário poderá e deverá intervir” (BARROSO, 2012, p. 22).

No cenário da Judicialização da política e das relações sociais, as atribuições dos poderes Legislativo e Executivo mudam para o Poder Judiciário. Isto posto, “a judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Executivo e do Legislativo para o Judiciário (o judiciário passa a ser o protagonista das ações)” (FERNANDES, 2017, p. 61).

Para esclarecer, o autor Júnior, nos traz exemplos do fenômeno na parte da Judicialização da Política:

No cenário da atividade política ou política partidária, de provimentos e decisões judiciais, calcados nas veredas abertas pela ordem constitucional positivada. São exemplos, entre tantos possíveis: a revisão judicial de decisões de instâncias partidárias pela expulsão sumária filiados; a definição e refinamento das questões relativas às coligações partidárias, candidaturas natas e perda de legenda (JÚNIOR, 2015, s/p).

Percebe-se que o fenômeno da Judicialização é autorizado pela Constituição Federal e Legislação Infraconstitucional. Sabe-se que o Poder Legislativo tem como função típica legislar e exercer o Poder Constituinte Originário e Derivado, com isso, pode-se extrair que esse Poder define as matérias que o Judiciário pode exercer o fenômeno em epígrafe.

Doutro norte, o desembargador Flávio Rostirola, do TJDFt assevera sobre a importância da Judicialização do Direito à Saúde:

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO DOMICILIAR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPACTOS ECONÔMICOS DAS DECISÕES JUDICIAIS. RESERVA DO POSSÍVEL. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. [...] 2. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE GANHOU TAMANHA IMPORTÂNCIA TEÓRICA E PRÁTICA QUE ENVOLVE

NÃO APENAS OS OPERADORES DO DIREITO, MAS TAMBÉM OS GESTORES PÚBLICOS, OS PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE E A SOCIEDADE CIVIL COMO UM TODO [...] (DISTRITO FEDERAL, 2010, s/p).

Dessa forma, o Poder Judiciário aplica os Direitos Fundamentais exercendo a Judicialização do Direito à Saúde, como exposto. Ressalta-se que os membros do Poder Judiciário ainda falam de maneira reservada do Ativismo Judicial, ao passo que a jurisprudência pátria deixa claro em seus atos sobre o fenômeno da Judicialização.

Na visão de Barroso “a judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com desenho institucional vigente” (BARROSO, 2012, p. 06).

Pelo exposto, eis a diferença entre a Judicialização e o Ativismo Judicial, o primeiro fenômeno advém do modelo constitucional brasileiro, ao passo que o segundo de teorias. Outra diferença é que o Ativismo Judicial faz parte da escolha dos membros do Judiciário.

1.4 - AS FACES POSITIVAS E NEGATIVAS DO ATIVISMO JUDICIAL

De certa forma, o Poder Judiciário atende com mais agilidade ao prestar tutela jurisdicional, do que o processo legislativo. Contudo, isso nos mostra um Poder Legislativo que está diante de uma retração.

Em que pese haver estudiosos contrários ao fenômeno do Ativismo Judicial, há, também, os que demonstram os pontos positivos desta temática, conforme abaixo:

As faces positivas são: “O judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais” (BARROSO, 2012, p. 09).

Conforme a face acima exposta, o que o parlamento não pôde tratar, o Poder Judiciário, ao ser provocado, tem a vez de decidir. Vale lembrar de que os membros do Judiciário não precisam de votos da população, o que leva este poder a discutir temas polêmicos e controversos.

Quando os juízes versarem sobre os Direitos Fundamentais, não há o que se falar sobre desvio de função, considerando estar sendo aplicados tais direitos. Nesse sentido, vejamos esta segunda face positiva:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os Direitos Fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade (BARBOSA, 2011, p. 151).

Outra vez, Silva e Weiblen, defendem a intervenção do Poder Judiciário no caso de não efetivação dos Direitos Fundamentais, com intuito de garantir a aplicação desses direitos. A nosso ver, é uma face positiva o Judiciário poder intervir na efetividade dos Direitos Fundamentais, por serem importantíssimos à população.

Uma vez não efetivados os Direitos Fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito. (SILVA e WEIBLEN, 2007, p. 52).

As faces negativas consistem em: O risco da legitimidade democrática, porquanto “os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos” (BARROSO, 2012, p. 10). Todavia, esses membros não foram escolhidos pelo povo, o que faz eles não precisarem atender a vontade popular.

Pode acarretar mutações inconstitucionais, em virtude de um poder entrar na competência do outro, conforme nos ensina Bulos. “[...] podendo acarretar mutações inconstitucionais, afinal um órgão do Poder adentra na esfera do outro, ao arrepio da cláusula da separação de Poderes [...]” (BULOS, 2014, p. 442).

A face negativa mais polêmica é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, conforme este ensinamento, “Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa” (RAMOS, 2015, p. 119).

Toda ciência passa por evoluções. No entanto, os desenvolvimentos que ocorrem na ciência jurídica podem ocasionar problemas sérios à democracia, por mais que há as faces que mostram a garantia dos Direitos Fundamentais serem aplicadas por meio das atuações ativistas, é preciso haver cautela entre os aplicadores do direito, tendo em vista estar ultrapassando as linhas demarcatórias da função jurisdicional, o que afeta a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

CAPÍTULO II – NEOCONSTITUCIONALISMO

Houve a época em que a Constituição era interpretada de maneira mais restrita ao texto. Contudo, o Neoconstitucionalismo, também chamado de novo Direito Constitucional, faz a interpretação da Carta Magna além do positivado. Portanto, essa doutrina cede espaço ao Ativismo Judicial.

Assim sendo, este capítulo fará uma análise minuciosa da complexa doutrina Neoconstitucionalista, com intuito de entender as decisões ativistas do Poder Judiciário Brasileiro.

2.1 - O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL

Antes de trazer a origem e o conceito do Neoconstitucionalismo, é necessário demonstrar os autores que mencionam essa doutrina como impulsora do Ativismo Judicial. O autor abaixo aduz que na realidade jurídica brasileira o elemento de impulsão do Ativismo Judicial é o Neoconstitucionalismo:

No plano específico da realidade jurídica brasileira, desponta um elemento de impulsão ao ativismo judicial de matriz eminentemente teórica. Trata-se da tendência teórica que tem recebido a alcunha de “neoconstitucionalismo”, de larga difusão no meio acadêmico e doutrinário, e que começa a fazer a se fazer presente no âmbito do Poder Judiciário (RAMOS, 2015, p. 294).

De outra banda, Daniel Sarmento afirma que nessa doutrina, os valores constitucionais estão sobre os limites estabelecidos no princípio da separação dos poderes.

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos Direitos Fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência (SARMENTO, 2011, p. 76).

O texto acima demonstra que o Neoconstitucionalismo, em virtude dos Direitos Fundamentais e proteção das minorias, impõe restrições ao Poder Legislativo, o que demonstra o Ativismo Judicial na garantia da eficácia dos Direitos Fundamentais.

Observa-se que na doutrina em epígrafe, a centralidade da Constituição ganha destaque, ou seja, o Direito Constitucional está sempre acima de qualquer outra norma ou teoria.

2.2 - CONCEITOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A ciência jurídica é complexa, pois palavras jurídicas podem possuir outros nomes como será demonstrado. A doutrina denominada “neoconstitucionalismo”, também é chamada por alguns de “constitucionalismo pós-moderno” ou “pós-positivismo”. (LENZA, 2017, p. 69).

Doutra margem, Bulos nos ensina que são sinônimos da teoria do Neoconstitucionalismo, as palavras “constitucionalismo pós-positivista” ou “constitucionalismo neopositivo” (BULOS, 2014, p. 80).

Na tentativa de entender essa doutrina, o eminente jurista Barroso, afirma operar em meio à fumaça e à espuma, ou seja, no escuro. Portanto, sabe-se que os prefixos “pós” e “neo” indicam o que vem depois, mas ainda é incerto, pois pode ser um avanço ou uma volta ao passado, bem como ser um movimento circular (BARROSO, 2005, p. 2).

O Neoconstitucionalismo é a evolução, bem como um emaranhado de tendências e teses, por ser o constitucionalismo contemporâneo, é o mundo jurídico que estamos vivendo. Desse modo, verifica-se a evolução do Direito com o Neoconstitucionalismo. Nesse sentido, vejamos:

[...] É um viés teórico no campo do Direito Constitucional, que aglutina tendências e teses dos mais variados matizes. Designa a evolução de certos aspectos provenientes da cultura constitucional contemporânea. É, portanto, o constitucionalismo contemporâneo com outro nome. E nada mais. [...] (BULOS, 2014, p. 80).

Ainda, no campo da evolução, Bonavides afirma que o pós-positivismo “corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX” (BONAVIDES, 2014, p. 269). O autor referiu-se aos episódios marcantes da última década, porém, observa-se que o Neoconstitucionalismo continua marcando no século XXI, principalmente, na seara dos Direitos Fundamentais.

Dentro da realidade do Neoconstitucionalismo, o constitucionalismo não é limitado ao poder político, mas, busca-se, acima de tudo, a eficácia Constitucional. Desse modo, o texto Constitucional passa a ser mais efetivo, principalmente no que tange à concretização dos Direitos Fundamentais. (LENZA, 2017, p. 70).

A teoria aqui estudada é definida a partir de uma nova visão da Carta Magna, trazendo sentido a ela e, por consequência, superando o seu caráter simplesmente retórico, a fim de encontrar mecanismos para a real e eficaz materialização de seus preceitos (DUARTE *apud* LENZA, 2017, p. 97).

O Neoconstitucionalismo ou Direito Constitucional Moderno é o responsável por criar um novo modelo de Direito Constitucional, no qual colocou a Carta Magna em posição de destaque em diversos países europeus, readequando a sua função e o papel do Direito Constitucional, em consonância às demais normas infraconstitucionais (CARLUCCI, 2018, s/p).

Nesse mesmo contexto, o constitucionalismo moderno compreende a Constituição como técnica de proteção de liberdades, isto é, o próprio momento atual.

A compreensão da constituição como técnica de proteção de liberdades é atributo do constitucionalismo moderno, que importa conhecer para que se possa discernir o próprio momento atual, a que muitos denominam neoconstitucionalismo. (MENDES e BRANCO, 2012, p. 59).

Os autores retromencionados, similarmente, definem esse fenômeno como um instante de superação da superioridade do Parlamento. Tal instante é marcado pela supremacia da Constituição Federal.

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é o resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se

subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da constituição), sobretudo em um sistema de Direitos Fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo. (MENDES e BRANCO, 2012, p. 76 e 77).

A ferramenta que garante a superioridade da Carta Magna é o controle de constitucionalidade. Percebe-se que, esse sistema aplica os Direitos Fundamentais de forma automática.

Em sua tese de doutorado, Galvão aduz que o Neoconstitucionalismo é uma interpretação da prática jurídica, começando pela perspectiva dos juízes.

Pode-se considerar Neoconstitucionalismo como sendo uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição – editada após o restabelecimento do regime democrático – é tida como norma substantiva, composta primariamente por princípios, exigindo do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação. Ou seja, o Neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocamente uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos. (GALVÃO, 2012, p. 35/36).

Ainda no conceito retromencionado, essa doutrina valoriza a função dos membros do Poder Judiciário, quando concretizarem as promessas contidas no texto da Carta Magna. Depara-se, portanto, com o ambiente cedido ao Ativismo Judicial, considerando que os juízes em nome da efetivação das promessas constitucionais, podem aplicar as decisões ativistas.

O Neoconstitucionalismo pode ser identificado como um conjunto de transformações que ocorreram no Estado e no Direito Constitucional, com ênfase para os três marcos, quais sejam, histórico, filosófico e teórico.

[...] O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito,

cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós positivismo, com a centralidade dos Direitos Fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional [...] (BARROSO, 2005, p. 11/12).

Em relação ao marco histórico, o Estado Constitucional de Direito assentou-se em períodos históricos diferenciados, em relação a cada sociedade política, geralmente o que coincidiu com a consolidação do próprio sistema político democrático, não existindo nenhum fundamento para se alegar que se trata de um evento simultâneo e alcance universal, contemporâneo às derradeiras décadas do século XX (RAMOS, 2015, p. 295).

Quanto ao marco filosófico, eis a explicação:

[...] intitulam-se os neoconstitucionalistas de pós-positivistas, como se o positivismo jurídico, com as renovações por que passou e continua passando, tivesse deixado de ser o modelo dominante nos domínios na Teoria do Direito e, conseqüentemente, da Dogmática Jurídica. Sustenta-se que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação, e que o neoconstitucionalismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, ou seja, procura-se empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas [...] (RAMOS, 2015, p. 296).

Ademais, o marco filosófico coloca no centro os Direitos Fundamentais, assim como o Direito fica próximo à ética, o que faz a ciência jurídica ser aplicada com valores sociais. Ressalta-se o emprego das palavras bons costumes, tanto empregada no Direito Brasileiro.

2.3 – AS ORIGENS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Saber onde o Neoconstitucionalismo nasceu é de grande importância, haja vista que as origens dessa doutrina nos levam ao entendimento aprofundado acerca do que realmente ela defende.

Os estudiosos e defensores dessa doutrina afirmam que o Neoconstitucionalismo nasceu, a partir da Segunda Guerra Mundial, no período do Estado Constitucional (BULOS, 2014, p. 80).

Salienta-se que, o autor supramencionado assevera que não é possível determinar o início no Neoconstitucionalismo.

Na realidade, é impossível se precisar a origem do neoconstitucionalismo. Não há uma data, que, a rigor, possa ser considerada como o marco histórico de seu nascimento. O único dado possível de constatação é que, a partir de 1990, alguns estudiosos americanos e europeus passaram a adotar esse epíteto do constitucionalismo contemporâneo em seus escritos. (BULOS, 2014, p. 80).

À vista disso, embora seja impossível definir a origem dessa teoria, pode-se precisar que os primeiros estudiosos a adotarem em suas obras, *in casu*, foram os americanos e europeus.

Por outra dimensão, o Neoconstitucionalismo é uma expressão que nasceu no final da década de 1990 e é empregada, primeiramente, pelos jusfilósofos de Genova, a saber, Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis. Com precisão, o termo foi utilizado durante a intervenção de Pozzolo no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, realizado nas cidades de Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997 (TRINDADE, 2018, s/p).

A respeito dessa ideia, Lenza preceitua que os pontos marcantes do Neoconstitucionalismo consistem na:

Constituição ser o centro do sistema, norma jurídica – imperatividade e superioridade, carga valorativa – axiológica – dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais, eficácia irradiante em relação aos poderes e mesmo aos particulares, concretização dos valores constitucionalizados, garantias de condições dignas mínimas (LENZA, 2017, p. 71).

Ante a citação acima, extrai-se que, o marco da Dignidade da Pessoa humana e os Direitos Fundamentais estão na centralidade constitucional, estamos diante de um grande vetor ao Ativismo Judicial, como é visto nas decisões atuais, que, na maioria das vezes, versam acerca dos Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana.

Lado outro, o Neoconstitucionalismo é um conceito criado na Espanha e Itália.

A palavra "neoconstitucionalismo" não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo (s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003 (SARMENTO, 2011, p. 72).

Conforme tratado no capítulo anterior, o Ativismo Judicial nasceu nos Estados Unidos, mas sua doutrina impulsora surgiu na Europa, segundo o ensinamento exposto.

Para Carlucci, o Neoconstitucionalismo é originário da Europa, sem determinar a data precisa ou o país específico, no entanto, sustenta que veio depois da segunda Guerra Mundial:

Historicamente, o novo direito constitucional, direito constitucional moderno ou neoconstitucionalismo, se desenvolveu na Europa, após a segunda Guerra Mundial. Esse novo modelo de direito constitucional colocou a Constituição em posição de destaque em vários países europeus, redefinindo seu papel e o papel do direito constitucional, em relação às demais normas previstas no ordenamento jurídico destes países, ao juntar ideias de constitucionalismo e de democracia, criando, assim, uma nova forma de governança e de organização político-jurídica, também conhecida como "Estado Democrático de Direito" (CARLUCCI, 2018, s/p).

A centralidade constitucional é o principal fator do Ativismo Judicial, vez que a redefinição dos seus papéis, abriu espaço ao Poder Judiciário para ultrapassar os limites impostos a ele. Nesse azo, a nova interpretação constitucional criou o Estado Democrático de Direito, o qual consiste na junção político-jurídica, que demonstra a interferência do direito na política ou vice-versa.

Por exemplo, o Tribunal Constitucional Alemão fundado em 1951, conectado à Constituição Alemã de 1949, na oportunidade, trouxe uma grande produção teórica e jurisprudencial acerca do Neoconstitucionalismo, o que gerou uma evolução científica para os países do modelo codificado (Civil Law), porquanto, frisa-se, neste modelo, a lei, por si só, é auto aplicada (CARLUCCI, 2018, s/p).

Exatamente na visão do autor citado no parágrafo anterior, o Neoconstitucionalismo é lembrado por quatro premissas básicas, as quais foram importantes ao longo do século XX, são elas:

1 – trazer a Constituição para o centro do Direito, como ponto de partida para todos os outros ramos do Direito, formando um ordenamento jurídico com um contexto constitucional; 2 – atribuir força normativa real, efetiva, para a constituição, atingindo inclusive as relações privadas infraconstitucionais, ou seja, o texto constitucional atinge todas as leis complementares, ordinárias, decretos, medidas provisória, regulamentos, regimentos, portarias, circulares, dentre outros atos normativos, de toda e qualquer natureza; 3 – reinterpretar a própria constituição e extrair dela todos os seus valores fundamentais, de modo que esses valores sejam rigidamente mantidos e alterados somente quando houver mudança da própria sociedade que essa Constituição rege; 4 – tornar todo ordenamento jurídico atrelado à nova interpretação, utilizando todas as normas conforme o previsto na Constituição (CARLUCCI, 2018, s/p).

Na primeira premissa, os outros braços do direito, tais como: Direito Penal, Direito Administrativo, Direito Tributário etc., devem ser iniciados nos parâmetros da Carta Magna. Ao passo que na segunda premissa, a Constituição deve ter força real e efetiva, atingindo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

A terceira e quarta premissas são semelhantes, porquanto a terceira versa sobre a reinterpretação Constitucional nos moldes das mudanças sociais que ocorrerem ao longo do tempo, enquanto a quarta coloca o ordenamento jurídico dentro da nova interpretação advinda da terceira premissa.

Frisa-se que, todas as premissas dão ensejo ao Ativismo Judicial, entretanto, a segunda e terceira, pode-se dizer que, são o ápice para os atos ativistas do Poder Judiciário, razão porque os fundamentam.

2.4 – O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Por todo exposto neste capítulo, tem-se que o Neoconstitucionalismo, decerto, surgiu com a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, após um longo período ditatorial, que perdurou de 1964 a 1985.

Com efeito, assinala Barroso:

A constituição, liberta da tutela do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições (BARROSO *apud* ASSIS NETO, 2018, p. 48).

No período ditatorial aconteceu uma espécie de atropelamento aos Direitos Fundamentais. Nessa época, ocorreram torturas, assassinatos que nunca foram desvendados, restrição à liberdade sem o devido processo legal, censuras etc., por isso, a Carta Magna vigente, trouxe um avanço no que tange a tais direitos.

No Brasil, a modernização e a transformação do direito constitucional, ocorreram em razão da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação em 5/10/88, da Constituição Federal, onde, após um longo período de ditadura militar (de 1964 a 1985), marcado pela censura e pela restrição de Direitos Fundamentais, o Brasil veio a se democratizar e a se reconstitucionalizar (CARLUTTI, 2018, s/p).

O aperfeiçoamento do Direito Constitucional determinou ao Poder Judiciário, principalmente, a eficaz aplicação dos valores constitucionais, em especial, os direitos de liberdade, haja vista a punição passada pelo Brasil no regime ditatorial.

Nesta seara, o ressurgimento do Direito Constitucional ocorreu no ambiente de reconstitucionalização do Brasil, por momento da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo dos erros que aconteceram ao longo do seu texto, e da quantidade de emendas, a Constituição foi responsável pela promoção da travessia do Estado Brasileiro sob o comando autoritário, intolerante e, às vezes, violento para um Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2005, p. 03).

Além disso, a Constituição, em tela, trouxe de volta o prestígio dos direitos individuais e sociais, conforme explica os doutrinadores abaixo:

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos. As reivindicações populares de ampla participação política são positivadas em várias normas, como na que assegura as eleições diretas para a chefia do Executivo em todos os níveis da Federação.

Dava-se a vitória final da campanha que se espalhara pelo país, a partir de 1983, reclamando eleições “diretas já” para Presidente da República; superava-se a abrumadora frustração decorrente da rejeição, em abril de 1984, da Proposta de Emenda apresentada com esse intuito. A Constituição, que, significativamente, pela primeira vez na História do nosso constitucionalismo, apresentava o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e o Título dos Direitos Fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo cidadã, que lhe fora predicado pelo Presidente da Assembleia Constituinte no discurso da promulgação (MENDES e BRANCO, 2012, p. 155).

O ensinamento acima mostra que, exclusivamente na Carta Magna de 1988, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Título dos Direitos Fundamentais encontram-se localizados no início do Texto Constitucional, antes mesmo das normas de organização do Estado.

CAPÍTULO III – O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Conforme os conceitos demonstrados no 1º capítulo, restou claro que o Poder Judiciário ultrapassa esses limites ao adotar o Ativismo Judicial. Dessa maneira, neste último capítulo, o estudo aprofundará na Tripartição de Poderes e o Princípio da Separação de Poderes, bem como será demonstrado a temática na visão doutrinária.

Por derradeiro, far-se-á uma análise da jurisprudência considerada Ativista, principalmente, no Supremo Tribunal Federal, o qual é encarregado de guardar a Constituição Federal, nos termos do artigo 102¹, *caput*, da Constituição Federal.

3.1 - TRIPARTIÇÃO DE PODERES E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A ideia da Tripartição de Poderes foi mencionada pela primeira vez por Aristóteles, filósofo grego, que visualizou o funcionamento do Estado por três funções distintas, porém, eram exercidas e controladas pelo soberano.

As primeiras bases teóricas para a "tripartição de Poderes" foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos (LENZA, 2017, p. 530).

Tais funções, aplicadas no mundo contemporâneo, consistem nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme o ensinamento supramencionado. Contudo, esses misteres eram cumulados para uma só pessoa.

Partindo desse ensinamento, cabe mostrar o texto do filósofo:

Toda cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem uma das outras, as constituições

¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (BRASIL, 1988, s/p).

também diferem. A primeira dessas concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como deve ser o poder judiciário (ARISTÓTELES, 2001, p. 170).

Embora os escritos aristotélicos forem do período da idade antiga, suas ideias são usadas até hoje, razão porque de estarem totalmente inseridas no contexto jurídico e político atual, os três elementos da cidade mostram isso. Denota-se pelo último elemento, que disserta sobre a figura do Poder Judiciário, na qual deve ser específica.

Por outro lado, além de Aristóteles, o jurista José Afonso da Silva assevera que o Princípio da Divisão de Poderes foi idealizado por Jhon Locke e Rousseau:

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, Jhon Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é (SILVA, 2014, p. 111).

Ante o ensinamento supramencionado, tem-se que a concretização dessa separação foi feita por Montesquieu e, na esfera Constitucional, aplicou-se pela primeira vez na Constituição dos Estados Unidos de 17-09-1787. Salienta-se que, a Carta Magna dos Estados Unidos da América é a mesma até hoje.

Naquela época, a Separação de Poderes já era de extrema importância, porque não haveria Constituição no País que deixasse de utilizar essa divisão, nos termos do art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Seguindo o raciocínio dos juristas acima, é interessante mencionar a lição de Alexandre de Moraes, o qual afirma:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com

exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado de governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal (MORAES, 2017, p. 312).

Acerca do avanço trazido por Montesquieu, tem-se que não foi a descoberta do exercício de três funções estatais, conforme o ensinamento abaixo:

[...] O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Essa teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos, como as revoluções americana e francesa [...] (LENZA, 2017, p. 530 e 531).

Portanto, a inovação consistiu na distinção, autonomia e independência, que não mais permitiu a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como era visto no absolutismo. A Constituição da República Federativa do Brasil seguiu a teoria de Montesquieu, nos termos do seu artigo 2º, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988, s/p).

Atualmente, o princípio em epígrafe não possui aquela austeridade de antes. A amplitude das atividades estatais de hoje determinou nova visão da Teoria da Separação de Poderes e novos aspectos de relacionamento entre órgãos Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário. Dessa forma, prefere-se falar em colaboração de poderes, que é atributo do parlamentarismo, onde o governo depende da confiabilidade do parlamento, na medida em que no presidencialismo, prosperaram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes (SILVA, 2014, p. 111).

Doutra parte, o doutrinador Bulos assevera que no conceito do Princípio da Separação de Poderes, há a ideia de limitação, extraída da fórmula clássica de Montesquieu, cuja instrução é que o poder deve frear o poder:

[...] Trata-se, pois, de um conceito que tem por base a ideia de limitação, baseada na fórmula clássica de Montesquieu segundo a qual o poder deve frear o poder. Resultado: quaisquer tentativas no sentido de instaurar instâncias hegemônicas de poder padecerão do vício de inconstitucionalidade, pois o escopo do constituinte foi claro: neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos Poderes da República. O pórtico em análise funciona como parâmetro de observância indispensável à exegese das normas constitucionais, sendo uma das vigas-mestras da Constituição de 1988 [...] (BULOS, 2014, p. 516).

Na nossa Carta Magna, o valor dado ao Princípio em tratativa é rígido, vez que mudar a independência e harmonia dos poderes, ocorrerá vício de inconstitucionalidade. Ademais, a Divisão de Poderes deve ser observada como parâmetro interpretativo quanto à aplicação das normas constitucionais, por ser uma das suas vigas-mestras.

Por fim, deve-se observar um dos trechos do livro *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, o qual preocupava-se com a liberdade na Separação de Poderes, no pensamento dele, a liberdade continha o abuso de poder.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode temer-se que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. [...] Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor [...] (MONTESQUIE, 1993, p. 149).

Além do mais, para Montesquieu, não faz sentido um poder invadir a esfera de atuação do outro, se houver essa hipótese, não haverá liberdade. No cenário diferente, a Carta Magna Brasileira criou as Leis Delegadas, que são elaboradas

pelo Presidente da República, conforme artigo 59, inciso IV, e, artigo 68, ambos da Constituição Federal Brasileira².

No entanto, a solicitação deve ser dada pelo Congresso Nacional, o órgão que exerce o Poder Legislativo no âmbito federal, podendo, ainda, apreciá-las em votação única. Dessarte, o poder constituinte originário abriu uma exceção para os limites impostos no princípio da Separação de Poderes, então, é uma evolução, de modo que não quebre a harmonia e Separação dos Poderes.

Conforme explanado neste tópico, é extremamente necessário aplicar a Separação dos Poderes. Nesse sentido, o jurista Ramos nos demonstra a importância ao aduzir:

A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados (RAMOS, 2010, p. 117).

Considerando a relevância da Separação dos Poderes, torna-se preocupante, ao ver que o Poder Judiciário está ferindo este princípio. Por vezes, em especial, o Supremo Tribunal Federal, que, ao adotar a postura ativista, fere a Carta Magna, do qual, é encarregado de proteger.

3.2 - O ATIVISMO JUDICIAL E A ULTRAPASSAGEM DOS LIMITES DA SEPARAÇÃO DE PODERES, CRÍTICAS E CONSEQUÊNCIAS PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

² Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

[...]

IV – leis delegadas.

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda (BRASIL, 1988, s/p).

Conforme trazido no 1º capítulo, o Ativismo Judicial está totalmente ligado à Separação de Poderes, pois ultrapassar os limites estabelecidos é a característica principal desse fenômeno, que o Poder Judiciário, ao prestar a tutela jurisdicional, escolhe este caminho, despreocupando-se com os impactos.

Os magistrados ativistas, também são chamados de juízes legisladores ou legisladores positivos, porquanto praticam atos inerentes aos trabalhos dos membros do Congresso Nacional (BULOS, 2014, p. 442).

Por este caminho, para Bulos, o Ativismo Judicial, também, pode ser definido como ultrapassagem das linhas demarcatórias da função judiciária:

Assim, o ativismo judicial é uma ultrapassagem das linhas demarcatórias da função judiciária, pois o juiz desborda o núcleo essencial da jurisdição. Em vez de *dizer o direito* nos conflitos de interesse, passa a criar comandos normativos, via sentenças judiciais, indo muito além da criatividade natural que permeia o *munus* judicante (BULOS, 2018, P. 442).

Ainda na orientação supramencionada, pode-se dizer que a função principal do Poder Judiciário é dizer o direito nos casos concretos, aplicando-se, principalmente, à lei, porém, o Ativismo Judicial desfaz isso.

Por outro lado, extrapolar o marco da Separação de Poderes, por si só, não fere, apenas, o trabalho do Poder Legislativo, mas, ainda, a função administrativa e de governo.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2015, p. 119).

Por esse ensinamento, não se pode atribuir o Ativismo Judicial ao ato de criar leis demasiadamente, o que ocorre, realmente, é o desvio da função típica do Poder Judiciário, por consequência, este poder invade a esfera dos outros.

Partindo para outro lado, segundo Barroso, o Ativismo Judicial é ligado a um envolvimento do Poder Judiciário na materialização dos valores e as finalidades constitucionais.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 06).

O principal valor constitucional são os Direitos Fundamentais, porque “seu fundamento reside na proteção da dignidade da pessoa humana, sendo a constituição a sua fonte de validade” (BULOS, 2014, p. 525).

No Contexto Brasileiro, a Constituição Federal de 1988, validando esta afirmação, de início, conforme se extrai do preâmbulo a Assembleia Nacional Constituinte buscou “instituir um Estado Democrático, destinado a proteger o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança” (BRASIL, 1988, s/p).

Quanto às críticas, o descumprimento do Princípio da Separação de Poderes acarreta prejuízos à democracia, passando o poder popular para juristas.

[...] por vezes ouvem-se discursos em prol do reconhecimento e da concretização de direitos pela via judicial que não consideram que a prestação jurisdicional não é ilimitada e que o “jogo” democrático tem de ser respeitado. Senão, partiremos de uma democracia para uma juristo-cracia, o que certamente traria consequências outras tão danosas ou mais graves do que aquelas que intentamos suplantar [...] (STRECK, 2016, p. 722).

Desse modo, com o avanço do Ativismo Judicial, a decisão tomada com o voto não passa de mera formalidade, ou seja, os parlamentares, escolhidos por meio do sufrágio universal ficam apenas para cumprir as instituições constitucionalmente previstas, sem autoridade.

Em outras situações, diga-se que eis uma exceção para a proatividade judiciária, sendo a prestação da tutela jurisdicional aplicada de forma enérgica

quando houver “[...] situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos Direitos Fundamentais [...]” (CATTONI *apud* STRECK, 2018, s/p).

No tocante à hierarquia entre o Direito e a Moral, verifica-se que, em algumas decisões ativistas a moral é invocada para justificar o ato jurídico. Todavia, o Direito é superior à Moral, porque esta última é parcial, ao passo que o primeiro anda ao lado da justiça. Vejamos:

Legitimar uma decisão ativista porque concordamos com a racionalidade moral ali pressuposta nada mais é do que legitimar que o Direito possa ser filtrado pela moral. E se aceitarmos que o Direito seja filtrado pela moral, e peço desculpas por fazer as perguntas difíceis, indago: quem vai filtrar a moral? É esse o ponto. Alguém tem de ser o chato da história. Não podemos aceitar o ativismo que agrada. Isso é consequencialismo puro, e devemos rejeitá-lo por uma questão de princípio. Do mesmo modo um réu não pode ser condenado porque o juiz não gosta dele. E nem o réu deve ficar preso porque o juiz fundamenta no clamor social, como se houve um aparelho chamado clamorômetro (STRECK, 2018, s/p).

Na maioria das vezes, a moral é validada pelo que a maioria da população define como imoral, no entanto, essas pessoas não são preparadas como os membros do Poder Judiciário para decidir. Vale lembrar que, os magistrados devem decidir com base em princípios do Estado Democrático de Direito, não pelo que o povo pensa.

3.3 - EXEMPLOS DE ATUAÇÕES DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO USURPADAS PELO PODER JUDICIÁRIO EM DECISÕES PROATIVAS

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, adotou-se a doutrina Neoconstitucionalista, que, conforme visto no capítulo anterior, as interpretações do texto são voltadas ao Ativismo Judicial. Sendo assim, a jurisprudência pátria é repleta de decisões que usurparam as atuações dos outros dois poderes.

Neste tópico, trará, em especial, atos da Suprema Corte, o principal órgão intérprete da Constituição Federal no nosso País.

Preliminarmente, deve se dar ênfase ao pronunciamento do Ministro Celso de Mello, o qual, no ano de 2008, declarou em público defender o Ativismo Judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da passividade e inércia do

Poder Público. Justificou-se a defesa retromencionada, em não poder aceitar constantes violações ao texto constitucional (MELLO, 2008, p. 11).

Para a doutrina, vislumbra-se Ativismo Judicial na Reclamação 4.335-5/AC, especialmente no voto vista do Ministro Eros Grau, o qual, ao seguir o Ministro Gilmar Mendes, concluiu que o artigo 52, inciso X³, do Texto Constitucional, submeteu-se a uma mutação constitucional, pois, ao manipularem, inconstitucionalmente, tal preceito, o Supremo Tribunal Federal atuou como legislador positivo (BULOS, 2018, p. 443).

Nos termos do artigo 52, inciso X, da Carta Constitucional, é competência exclusiva do Senado Federal, suspender a execução de lei declarada inconstitucional. Contudo, em resposta a Reclamação, a Corte entendeu que, por si só, a Lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é suspensa, sem a necessidade de passar pelo alvedrio do Senado Federal.

O jurista Martins assevera que a Corte Máxima legislou, em razão dos projetos que não passaram pelas comissões parlamentares especializadas na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) de nº. 54, que legalizou o aborto no caso de fetos com anencefalia, por 8 (oito) votos a 2 (dois):

Ora, se nem nas omissões inconstitucionais do Parlamento pode a Suprema Corte legislar, com muito maior razão não poderia legislar em hipótese em que o Congresso não legisla, porque todas as dezenas de projetos de leis que cuidam do aborto não conseguiram passar pelas comissões parlamentares encarregadas, após audiências públicas; a grande maioria do povo é contrária à legislação do homicídio uterino; não pertence à cultura do povo brasileiro provocar a morte de alguém pelo fato de não haver tratamento curativo para uma determinada doença (MARTINS, 2012, s/p).

Critica-se, outrossim, a postura do Supremo Tribunal Federal de legislador, com fundamento na Tripartição de Poderes, razão pela qual deveriam anular a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº. 54 (MARTINS, 2012, s/p).

A ADPF nº. 132 e ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº. 4277,

³ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1988, s/p).

reconheceram a união estável homoafetiva. Por tais decisões, visualizou a usurpação da atividade legislativa pelo Poder Judiciário

As atuações do Poder Legislativo foram usurpadas pelo Poder Judiciário pela ADPF 378, onde o Supremo Tribunal Federal praticamente construiu a legislação regedora do *impeachment* da presidente da república, à época, Dilma Vana Rousseff, partindo da Lei nº. 1.079 de 1950, na oportunidade, adaptou-se o texto da Lei à vigente Constituição, descrevendo e impondo todos os passos do processo tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal.

A Lei supramencionada é do ano de 1950, norma que passou pela Constituição de 1967 e está perdurando pela Constituição Federal vigente, sem que fosse discutida pelo Poder Legislativo, com intuito de adequá-la a Carta Magna vigente. Nesse contexto, quando a lei em epígrafe precisou ser aplicada, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a prestar tutela jurisdicional, reconstruindo o rito para a aplicação, no entanto, seguiu os princípios fundamentais da Constituição vigente.

Por derradeiro, o Ativismo Judicial se fez presente na Ação Popular de nº. 0001786-77.2018.4.02.5102 (2018.51.02.001786-0), que o Juiz da 4ª Vara Federal de Niterói/RJ suspendeu a nomeação da deputada Cristiane Brasil ao cargo de Ministra do Trabalho, por afrontar a moralidade pública, porquanto a deputada foi condenada em duas ações trabalhistas.

Para Streck, o Poder Judiciário agiu com Ativismo Judicial, porque é atribuição do presidente da República, privativamente, nomear e exonerar ministros de Estado (artigo 84, inciso I, da Carta Constitucional⁴), bem como os fundamentos usados na decisão são frágeis (STRECK, 2018, s/p).

No caso acima, o Poder Judiciário feriu o princípio da separação de Poderes, com fulcro na racionalidade moral, sendo esta criticada pela doutrina na aplicação da justiça.

⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
I - nomear e exonerar os Ministros de Estado (BRASIL, 1988, s/p).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a análise apresentada nesta monografia, o Ativismo Judicial na prestação da tutela jurisdicional, mostrou-se garantidor da aplicação dos Direitos Fundamentais, advindo da sua doutrina de impulsão, estudada no 2º capítulo, a saber, o Neoconstitucionalismo.

Por outra vertente, o fenômeno em tratativa mostra a resolução de temas importantes pelo Poder Judiciário, em situações não abarcadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, o que os enfraquece, saindo da essência da Constituição Federal.

Conquanto haja os benefícios acima mencionados, o Ativismo Judicial faz com que o Poder Judiciário invada os exercícios dos Poderes Executivos e Legislativos, situação que fere de morte o Princípio da Separação de Poderes.

Além do que, por meio do Ativismo Judicial, o Poder Judiciário torna-se um órgão incontrolável, cujos membros podem manipular qualquer situação, ao invocar interpretações equivocadas ao invés de basearem em Princípios do Estado Democrático de Direito.

O Ativismo Judicial, também, caminha afastado da democracia, tendo em vista que retira poderes dos representantes do povo, eleitos por meio do sufrágio universal. Seguindo essa linha, deve-se lembrar que a Política é diferente do Direito, porque aquela vigora a soberania popular e o governo da maioria, à medida que no Direito, prevalece a supremacia das Leis e o respeito aos Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, o Poder Judiciário segue a supremacia legal e o respeito aos Direitos Fundamentais, por isso, a obediência à Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988, porque é o aspecto principal do poder em epígrafe, onde o Judiciário deve segui-la à risca, sob pena de um deslocamento descarado de atribuições, bem como, independência e harmonia entre os três Poderes.

Nesse cenário, o Poder Judiciário deve respeitar os limites estabelecidos na Carta da República, para que cumpra o pilar da Teoria Tripartite e considere que todo poder emana do povo, para que os outros Poderes do Estado cumpram as suas funções sem serem usurpados.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. 5ª edição, trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 170.

ASSIS NETO, Sebastião de. **Manual de Direito Civil**. Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo. 7. ed., ver., ampl. e atuali. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 48.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível**; in **Estudos de direito constitucional**. Recife: Edupe, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. p. 22 . Acesso em: 26 de maio de 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em:<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 269.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 26 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Dos Territórios. **Mandado de segurança. Fornecimento de oxigênio domiciliar. Direito à vida e à saúde. Dever do estado. Direito líquido e certo. Impactos econômicos das decisões judiciais. Reserva do possível. Judicialização do direito à saúde**. Mandado de Segurança nº. 102281920108070000 DF. Processo: 0010228-19.2010.807.0000, Relator: Des. Flávio Rostirola. Data de Julgamento: 19/10/2010, Conselho Especial, Data de Publicação: 27/10/2010, DJ-e Pág. 48.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80, 442, 443, 516 e 525 .

CARLUCCI, Stéfano Di Cònsolo. **A influência do neoconstitucionalismo na Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização do Direito Civil no Brasil**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271756,51045-A+influencia+do+neoconstitucionalismo+na+Constituicao+Federal+de+1988>>. Acesso em: 16 de setembro de 2018.

Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: *Cadernos [SYN] THESIS*, v. 5, n. 1, 2012, p. 03, 06, 07 e 09.

DIMITRI, Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi. **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 460, 461 e 462.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional, 9. ed. rev., ampl. e atual.** Salvador: JusPODVM, 2017, p. 61.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 34 e 35. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-113523/pt-br.php>> Acesso em: 30 de julho de 2018.

JÚNIOR, Gabriel Dezen. **Teoria Constitucional Esquematizada em Quadros**. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=PIEtCwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=gabriel+dezen+junior&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwif24L2xLDbAhXJl5AKHemwBogQ6AEILDAB#v=onepage&q=judicializa%C3%A7%C3%A3o&f=false>>. Acesso em: 26 de maio de 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97, 69, 70, 71, 530 e 531.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **ADPF 54 e o ativismo judicial do STF**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/artigos/a-adpf-54-e-o-ativismojudicialdo-stf-34ilf7qids0jlkbwxiuimih2z2>>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

MELLO, Celso de. **DISCURSO PROFERIDO PELO MINISTRO CELSO DE MELLO, EM NOME DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA SOLENIDADE DE POSSE DO MINISTRO GILMAR MENDES, NA PRESIDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO BRASIL, EM 23/04/2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59, 76, 77 e 155.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. rev. e atual. atual. até a EC nº. 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, p. 312.

NUNES, Jorge Amaury Maia e NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Separação de Poderes: O Judiciário fala por último?**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI268246,31047Separacao+de+Poderes+O+Judiciario+fala+por+ultimo>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.
RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119, 294, 295 e 296.

REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. **O ativismo judicial no Brasil: o caso da verticalização**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 44 e 50. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09082017-160419/>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 72 e 76.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111.

STRECK, Lênio Luiz. **Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: A Dificil Concretização do Direito Fundamental a Uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016, Espaço Jurídico *Journal of Law*, Editora UNOESC.

STRECK, Lênio Luiz. **Judiciário quer nomear ministros: sugiro para a Saúde um não fumante!**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/senso-incomum-judiciario-nomear-ministros-sugiro-saude-nao-fumante>> Acesso em: 11 de novembro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>> Acesso em: 24 de fevereiro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>> Acesso em: 24 de fevereiro de 2018.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006**. P. 20. São Paulo: Editora Método, 2009.

TRINDADE, André Karam. **O que significa neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-significa-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.