



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ATIVISMO E CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO:
UMA ANÁLISE DA RELEVÂNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL
À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Glória Virgínia Saturnino Braga Péres

Rio de Janeiro
2018

GLÓRIA VIRGÍNIA SATURNINO BRAGA PÉRES

O ATIVISMO E CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO:
UMA ANÁLISE DA RELEVÂNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL
À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Artigo Científico apresentada como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C.F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

**O ATIVISMO E CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO:
UMA ANÁLISE DA RELEVÂNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL
À GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Glória Virgínia Saturnino Braga Péres

Graduada pela Universidade Federal
Fluminense. Psicóloga. Graduada pela
Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo – As relações entre Direito e Política permeiam toda a discussão envolvendo os limites da jurisdição constitucional. O advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CRFB/88, ampliou a busca à jurisdição para a efetivação de direitos fundamentais, não regulamentados, tendo em vista a ausência da implementação de políticas públicas e a atuação pouco diligente do Poder Legislativo. Dessa forma, o Poder Judiciário no exercício de sua função de garantir e reproduzir o direito, vem ultrapassando suas competências originárias, assumindo papel ativista em protagonismo instrumental à consideração da Lei Maior. A essência desse trabalho é abordar esse protagonismo na tutela dos direitos subjetivos, tendo como argumento que deve ser observado o mandamento do artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88 preponderando a força cogente da norma constitucional para garantia dos direitos fundamentais.

Palavras-chave –Direito Constitucional. Teoria Geral do Direito e da Política. Direito Processual Civil

Sumário – Introdução .1. O papel do Judiciário no Brasil Pós CRFB/88: do Juiz boca da Lei à jurisdição constitucional.2. A atuação do Poder Judiciário como implementador de políticas públicas e o consequencialismo jurídico. 3. Hermenêutica Constitucional e a Separação dos Poderes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como foco a atuação do Poder Judiciário na tutela dos direitos subjetivos, com base na força normativa dos princípios constitucionais. Nesse sentido, além de aspectos inerentes à hermenêutica constitucional, busca-se discutir os efeitos e a abrangência da atividade legiferante suplementar do Poder Judiciário, observada a omissão do Legislativo e falta de efetividade do Executivo, para concretude dos direitos fundamentais dependentes da mediação do legislador ordinário.

No Brasil, sob a égide da Constituição Federal de 1967, o Poder Judiciário atuou com a passividade compatível com o regime autoritário de Governo então vigente. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 e a consolidação do Estado Democrático Constitucional de Direito houve a incorporação de inúmeras garantias individuais e sociais ao texto constitucional. Assim, e com a ampliação do

acesso dos cidadãos à Justiça, o Judiciário passou a exercer papel de acentuado protagonismo na solução dos conflitos jurisdicionados.

Emerge um Judiciário legiferante frente a mora legislativa, cujas decisões muitas vezes ensejam impactos que transcendem a esfera dos interesses individuais, reverberando à toda ordem econômica e social. Nesse sentido, como consequência do constitucionalismo democrático, da CRFB/88 emanam os princípios que para serem implementados precisam de interpretação, o que torna inevitável o protagonismo do Poder Judiciário.

No primeiro capítulo inicia-se o trabalho discutindo até que ponto o juiz deverá estar adstrito à letra da lei quando essa se apresentar em contraponto às necessidades sociais contemporâneas ao espectro decisório. Será discutida a relativização do positivismo jurídico como fio condutor das deliberações judiciais, à luz das premissas norteadoras da Jurisdição Constitucional.

No segundo capítulo a abordagem terá como pano de fundo a atuação do Poder Judiciário como implementador de políticas públicas, a partir do momento que cria a norma para o caso concreto. Analisa-se a repercussão jurídica, social e econômica dessas decisões à luz do consequentialismo decisório, a despeito da interação axiológica fato-norma.

Por fim, no terceiro capítulo discute-se os efeitos das sentenças interpretativas do Supremo Tribunal Federal – STF e se a técnica de interpretação teleológica da CRFB/88 pode caracterizar prática de ativismo judicial a ferir a separação de poderes, a segurança jurídica e a ordem democrática.

Como metodologia, foi adotada abordagem qualitativa que toma por base a bibliografia referenciada e jurisprudência aderente à temática. Ao trabalho aplica-se o método hipotético-dedutivo para análise do objeto da pesquisa com consequente confronto argumentativo.

1 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO BRASIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988: DO JUIZ BOCA DA LEI À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A abrangência das decisões judiciais no Brasil pós CRFB/88 tem intrínseca relação com a natureza jurídica das normas constitucionais. A Constituição, outrora identificada como documento jurídico por essência, na atualidade, apresenta-se como conjunto de normas jurídicas dotadas de imperatividade e superioridade no ordenamento jurídico, incluindo em seu texto valores e opções políticas, como a redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza.

De acordo com o Professor Dirley da Cunha Júnior¹:

Uma constituição é composta por regras e princípios de diferentes graus de densidade normativa (concretização), articulados de maneira tal que, juntos, formam uma unidade material (unidade de Constituição). Consequentemente, para compreender uma Constituição e as ideias que ela exprime, é imperioso que o intérprete se valha dessa unidade constitucional e entenda como as regras e os princípios constitucionais se encontram articulados.

A eficácia da norma constitucional, entretanto, está sujeita a algumas variantes que podem indicar a sua imediata aplicação ou a dependência de regulamentação para consagração plena de sua existência prática no mundo. É o que ocorre nas normas constitucionais que dispõem sobre direitos sociais, programáticas que são, só se podem efetivar a partir de previsão legal, em sua maioria por leis complementares.

São normas que de acordo com José Afonso da Silva²,

Não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Por essa condição, a despeito da declaração desses direitos firmada pelo Constituinte Originário, haveria ainda um caminho a percorrer até o seu reconhecimento, e sua consequente efetividade. Assim, a despeito de ser cediço que o cidadão ao impulsionar a jurisdição busca tão somente que sua demanda seja decidida juridicamente, vê-se submetido, para ver valerem seus direitos, a efetividade do Poder Executivo na implementação dos programas governamentais e às flutuações motivacionais dos membros do Poder Legislativo e seus Partidos Políticos.

Nesse diapasão se visualiza a política entrando na pauta da ordem jurídica, pois a formulação de leis fica à mercê da vontade política do legislador ordinário. Fragilizada, assim, a força normativa da Constituição Federal, subordinada que está a vontade dos detentores do poder político, de quem depende para que tenha concretude.

De toda sorte, as normas constitucionais programáticas detêm eficácia jurídica, assim como perspectiva de efetividade à medida em que se efetivem seus comandos. É do texto constitucional que se extrai a eficácia social e concretização das normas jurídicas, a garantia

¹ CUNHA, Dirley Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador :JusPODIVM, 2016, p.129 e 130.

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 82 e 83.

do exercício de liberdade e, ao mesmo tempo, a construção de critérios para limitar as máculas do processo político.

Importantes essas reflexões, pois muito se discute acerca do ativismo judicial sem que se discorra, com profundidade, sobre as mazelas sociais não tratadas pelo Poder Executivo que mantem-se inerte à elaboração dos projetos de lei indicados como necessários na Carta Magna, bem como pelas protelações do Poder Legislativo à realização de seu mais importante dever de casa, qual seja, como voz do povo, legislar em prol da salvaguarda de suas garantias fundamentais, resultado da positivação constitucional de valores básicos.

Os cidadãos - sujeitos de direitos subjetivos calcados em fundamentos constitucionais - desassistidos pela inadequação e ausência de completude normativa dos Poderes Executivo e Legislativo à realidade social, demandam o Estado Juiz. Sob esse viés se propõe olhar para o papel do Poder Judiciário, a quem compete seguir o caminho traçado no texto constitucional que é parâmetro norteador de todos os Poderes da República, ao qual tem o dever de assegurar o cumprimento.

Em suma, para que alcance eficácia a norma constitucional - e os princípios e valores nela insertos - todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica. Essa interpretação deve ser dar à luz dos preceitos constitucionais, que consistem no fundamento de validade de todo o sistema, e dos anseios populares codificados pelo Constituinte Originário.

O Poder Judiciário detém a primazia da interpretação final da aplicação da Constituição, e é através do exercício da Jurisdição constitucional que se garante a plena filtragem das leis e atos normativos garantindo-se a concretização dos direitos. A CRFB/88 conferiu ao Poder Judiciário, para suprir os vazios que escaparam ao legislador na elaboração da lei, princípios gerais e de analogia.

A partir de 1988, dois importantes mecanismos foram disponibilizados para suprir a insuficiência da atividade legislativa: a Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI e o Mandado de Injunção-MI. No primeiro o que se busca é a declaração de inconstitucionalidade total ou parcial de lei, ou seja, a manifestação do Tribunal Superior sobre sua permanência ou não no ordenamento jurídico; quanto ao segundo, é ferramenta para dar efetividade ao texto constitucional na ausência da lei extraordinária que o positive, e o que se busca é a declaração da ilegitimidade da mora legislativa.

Mesmo na França do século XVIII, quando as relações jurídicas e pessoais eram mais simples, a visão professada por Montesquieu, do juiz puramente racional³, neutro, valorizando a noção de respeito absoluto e literal à letra da lei – *Le juge bouche de la loi* – apresentava-se absolutamente distanciada dos aspectos culturais, históricos e axiológicos. Espelhava uma visão desfocada da realidade por ignorar que o Direito é formado social e historicamente, e assim, conformado pelas aspirações sociais e não pela vontade do legislador.

No Brasil, país que sempre teve na lei positivada fonte importante para a solução dos conflitos, frente as complicadas relações contemporâneas, as inovações tecnológicas, a complexidade de negócios, bem como a velocidade com que se operam as transformações sociais, cada vez se torna mais difícil encontrar na lei posta as soluções para os conflitos.

Passados dois séculos, desde o Código de Napoleão, não há como se restringir a uma interpretação da lei exclusivamente literal e desconsiderar o fato de que a velocidade das transformações sociais, atropela os textos legais e representa um constante desafio.

Observe-se que constatada discrepância entre o valor normativo e a vontade social, é sinal de que a Constituição não é texto dotado de legitimidade, e sendo assim, o Estado não reflete o Poder Constituinte, estando comprometida a democracia como forma de Governo, pois a titularidade do Poder Constituinte é do povo. Aplicar a lei inconstitucional é negar a aplicação à Constituição⁴.

No Estado Constitucional de Direito prepondera a Lei Maior, expressão da vontade do povo, constitutiva do próprio governo, estabelecadora de limites a todos os agentes políticos, inclusive aos parlamentares, que passam a suportar o controle de suas atividades pelas normas constitucionais.

Importante salientar que em sede de controle de constitucionalidade não compete, em regra, ao STF nada além de compatibilizar a interpretação que melhor se adequa aos valores preconizados pela Constituição, o que, por outro lado, não deixa de ser uma opção política extraída de seu contexto, por isso chamada por muitos de judicialização da política⁵.

A supremacia dos direitos fundamentais, que são elementos centrais da ordem jurídica, exige a concretização de seu conteúdo no caso concreto, o que muitas vezes conduz a uma

³ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade Judicial*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.67.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*/Luís Roberto Barroso. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93.

⁵ SILVA, Gustavo Passarelli da. O positivismo e a interpretação do Direito Privado no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3439, 30 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23110>>. Acesso em: 22 out. 2017.

colisão entre esses direitos, o que impõe ao Judiciário que pondere e decida, independentemente de legislação infraconstitucional

2 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO IMPLEMENTADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

A CRFB/88 elenca o rol de direitos fundamentais, inerentes à condição humana, a serem tutelados. Na inércia ou falta de efetividade dos demais Poderes da República para previsão e implementação das políticas públicas necessárias à proteção desses direitos, compete ao Judiciário, sempre que demandado, atuar compensando os déficits existentes.

Realizando, inclusive, seu papel na defesa dos direitos e garantias fundamentais no exercício de sua função contra majoritária, numa atuação de substituição de outros poderes quando esses ficam inertes à implementação das políticas públicas necessárias para dar efetividade aos mandamentos constitucionais.

Dessa forma, o plano de aplicação para reconhecimento de direitos subjetivos vem sendo substituído na elaboração do direito objetivo, dando densidade normativa aos direitos fundamentais exigíveis, em especial os de segunda geração, posto que de fomento imediato e imprescindível, em verdadeira jurisdição constitucional.

Saliente-se que, ao tempo que as normas de cunho programático viabilizam ao jurisdicionado oposição ao cumprimento dos preceitos que as atinjam, pois que contrários aos ditames constitucionais, também ao Judiciário não caberá interpretar e aplicar o direito contrariando essas normas, sob pena de vício de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, já se pronunciara José Afonso da Silva:⁶

As normas programáticas são de grande importância [...] porque procuram dizer *para onde e como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica [...], tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*.

Sobre a intervenção do Poder Judiciário na política que se estabelece por meio do controle de constitucionalidade, Lênio Luiz Streck⁷, em sua obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, assevera que:

⁶ SILVA, op cit. p.141

⁷ STRECK, Luiz Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004., p. 110.

Em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo na consecução de políticas públicas (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões.

O autor advoga que a obtenção de respostas correlatas e adequadas à Constituição é considerado um direito fundamental do cidadão.

Sob esse mesmo prisma, Barroso afirma que “a doutrina da efetividade se consolidou no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição”.⁸

Por outro lado, é também entendimento do autor que a jurisdição constitucional não pode ser exercida sem limites, devendo se limitar às situações em que se busque a tutela de direitos fundamentais ou procedimentos democráticos.

Assim, por razões ligadas a própria legitimidade democrática e em respeito a Separação dos Poderes, nas demais situações:

[...] juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável da discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais.⁹

Assim, não se há de confundir ativismo judicial, expressão entendida na linha de Barroso, como participação mais ampla do Poder Judiciário em espaços de atuação de outros Poderes para concretização de valores e fins constitucionais, ao consequencialismo jurídico.

O consequencialismo jurídico, consiste em uma análise feita pelos juízes e pelos tribunais para antever as consequências de suas decisões no âmbito político, econômico e social, tendo a preocupação de balizar políticas públicas.

O instituto teve origem na Common Law tendo como método a aplicação do direito através do stare decisis¹⁰(precedentes vinculativos); construção doutrinária/jurisprudencial,

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, Limites e possibilidades da Constituição Federal Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 284.

⁹ BARROSO, 2016, op cit., p. 39.

¹⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. et al. (Org.). *Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.189.

que visa justificar determinada tutela ou supressão de um direito com base em uma fundamentação entendida como regra jurídica válida, onde as decisões são proferidas, à luz das consequências que podem acarretar à sociedade.

Muitas são as críticas à adoção desse método decisório, e dentre elas a de que a “padronização decisória” -decorrente da adoção dos precedentes vinculativos- oportuniza a segurança jurídica, mas pode conduzir a restrição de direitos individuais em tentativa de preservar os bens comuns.

No mesmo sentido, em que pese ao prolatar suas sentenças seja esperado que o magistrado o faça levando em conta as consequências de suas decisões, há de acautelar-se a fim de que não venha a exorbitar os limites de suas funções, na busca de adequar as normas aos fins sociais e exigências do bem comum.

De certo, há os que defendem não ser papel do Judiciário interpretar subjetivamente as consequências extraprocessuais na aplicação da lei, posto que já foram objeto de análise e deliberação pelo Poder Legislativo.

Entretanto, num ordenamento jurídico repleto de conceitos indeterminados e cláusulas abertas, e no bojo de uma sociedade em processo contínuo de mudança e evolução, não há como prescindir do poder dever do magistrado, como agente político a disciplinar as normas criadas pelos parlamentares, assim como a adequação aos ditames constitucionais dos textos legais, na busca da pacificação dos conflitos.

Nesse diapasão, José Renato Nalini¹¹ dispõe:

[...] os juízes se tornam cada vez mais agentes políticos, pois disciplinam os efeitos das normas criadas pelos parlamentares, já que elas por si sós, não são capazes de se auto realizarem, e é por isso que o juiz deve liberar-se dos contornos de um agente estatal escravizado à letra da lei, para imbuir-se da consciência de seu papel social.

O consequencialismo decisório e o ativismo judicial, podem ser posturas adequadas para dar concretude aos direitos fundamentais, integrando a norma à realidade e aos preceitos constitucionais. Não obstante, podem ser mecanismos utilizados como simples rótulos de decisões fundadas em convicções pessoais do órgão julgador, repercutindo jurídica, social e economicamente em sentido contrário à ideia de Estado Constitucional.

¹¹ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 282.

3 HERMENÊUTICA JURÍDICA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 60, § 4º, da CRFB/88, é o pano de fundo de toda discussão envolvendo o protagonismo do Poder Judiciário, pois estabelece uma clara divisão de funções e limitação de poderes, sob a fórmula de “freios e contrapesos”¹². Afinal, existem decisões judiciais de caráter iminente político, sendo papel precípuo do magistrado o controle de legalidade. Esse é o ponto de partida.

Entretanto, não se pode olvidar que, quando se encontra em pauta o respeito a direitos ou garantias individuais, além de valores constitucionais, é dever do magistrado vincular a atuação do administrador público.

Nesses casos, o papel do juiz passa a ser de tutor, de promotor, de acautelador da eficácia da Constituição, da concretude dos valores constitucionais, pois as omissões legislativas configuram um comportamento inconstitucional do Poder Legislativo, e o mecanismo constitucional foi organizado de maneira a não compreender a inércia legislativa.

Nesse sentido, Crisafulli¹³ afirma que as normas constitucionais programáticas têm natureza vinculante à medida em que o legislador deve conformar suas decisões às determinações daquelas, eliminando, assim, a discricionariedade absoluta desse.

Da mesma forma, é indiscutível que as ideologias estão presentes no momento em que a norma jurídica é criada, e que o principal implementador de políticas públicas é o Poder Executivo, entretanto, na prática, muitas vezes ele não cumpre o seu papel implementador de políticas públicas, pois essa implementação invariavelmente esbarra no contingenciamento de recursos.

A verdade é que, no Brasil contemporâneo, vive-se um momento de grave crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo e isso vem carreando uma grande expectativa na atuação do Poder Judiciário para garantia de direitos preteridos, até mesmo o mínimo existencial, numa afluência exacerbada de ações que objetivam desconstituir ditames legais conflitantes com disposições constitucionais e compelir o Estado ao cumprimento de direitos e garantias fundamentais.

Assim, sob a égide da CRFB/88, o Judiciário que outrora atuava tão somente no sentido de reconhecer o direito objetivo, previsto na própria norma legal, agora tem o papel de dar efetividade a esses direitos objetivos, o que faz implementando direitos subjetivos.

¹² SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. *Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade*. Rio de Janeiro, 2015, p.27.

¹³ CRISAFULLI, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952, p.367-369.

É inegável o papel político do Poder Judiciário, o qual nos sistemas democráticos passa pela defesa dos direitos e garantias fundamentais e pela imposição de limites ao poder dos governos. Isso deriva do exercício de sua função contra majoritária e, muitas vezes, por uma atuação de substituição aos outros poderes quando permanecem inertes seja na atividade legiferante, seja na implementação de políticas públicas que derivam de mandamentos constitucionais.

O magistrado, diante da situação concreta precisa criar por intermédio da argumentação uma atuação política, pois não estará limitado a aplicação de uma norma pré-existente, ele estará criando a norma que regerá aquele caso concreto.

Um bom exemplo disso encontramos na decisão proferida pelo STF em sede do MI nº 712¹⁴, proposto com o objetivo de dar efetividade ao direito de greve dos servidores públicos civis. Ante a persistente inércia do Poder Legislativo, na regulamentação do artigo 37, VII, da CRFB/88, o Judiciário criou a norma para o caso concreto, aplicando o disposto na Lei 7.783/89¹⁵, com efeito *erga omnes*, enquanto não houver norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos.

Tal qual a mora legislativa de quase 30 anos que redundou na decisão quanto a greve dos servidores no MI nº 712, outras situações existem sem soluções pré-prontas, sem que o legislador tenha feito previsões para conduzir à resolução de conflitos. Por essa razão, não há como se esperar que toda decisão judicial possa encontrar escopo em uma decisão política indicada pelo Poder Constituinte ou pelo legislador ordinário.

Os juízes têm muitas vezes de interpretar expressões legais de sentido ambíguo que exigem preleções subjetivas. Precisa, enfim, decidir sobre questões que não foram previstas na Constituição ou na lei, mas que se encontram postas no mundo real.

Os ministros do STF, em sede de ADIn nº 4277¹⁶ e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 132¹⁷, por unanimidade, deram procedência às ações e, com efeito vinculante, decidiram no sentido de dar interpretação conforme a CRFB/88 para excluir

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *MI nº 712*. Relator Ministro Eros Grau Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+712%2E NUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b65dvds> Acesso em 31 mar 2018.

¹⁵ BRASIL, *Lei nº 7.783*, de 28 de junho de 1989. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 1989, p. 10561.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf> Acesso em 31 mar 2018.

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 31 mar 2018.

qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil¹⁸, que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O Judiciário atuou além do seu âmbito de atividade. Essa é uma matéria que teoricamente deveria ser tratada pelo Legislativo. Diante do silêncio normativo da CRFB/88, o STF atuou como legislador positivo, criando a norma para o caso concreto, e dando efeitos *erga omnes*.

Na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, o STF, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares formulado na ADPF nº 347/DF¹⁹, proposta em face da crise do sistema carcerário brasileiro, reconheceu expressamente a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária.

Nessa ação o STF, frente as graves ofensas aos direitos dos presos, determinou à União liberação, sem qualquer tipo de limitação, do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos

Ainda em sede do Recurso Extraordinário nº 592.581²⁰, O STF concluiu que o Poder Judiciário pode sim impor à Administração Pública a obrigação de fazer obras emergenciais em presídios em atenção ao princípio da dignidade da pessoa. O então Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, ao fundamentar seu voto salientou não se poderia falar em desrespeito ao Princípio da Separação dos Poderes, citando o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição – artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88- uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais, ressaltando tratar-se de postulado que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O que se depreende do voto do Ministro é o entendimento da independência e equilíbrio como elementos intrínsecos à segmentação dos poderes estatais. Nesse mesmo sentido, aduz Madame de Staël-Holstein²¹:

¹⁸ BRASIL, *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002, p.1.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 31mar 2018.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Relator Ricardo Lewandowski Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964> Acesso em 31mar 2018.

²¹ STAËL-Holstein, *Lettres sur les ouvrages et le caractère de Jean-Jacques Rousseau* (1788), In: SCMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p.86.

O equilíbrio dos poderes não significa o jogo dos contrapesos, que nada mais seria que um equilíbrio de forças que originaria um conflito ininterrupto entre os poderes para obter a supremacia. Equilibrar os poderes significa a série de combinações que os leva a encontrar um acordo.

Diante das decisões analisadas, é possível afirmar que o STF tem tomado decisões ativistas, que em última análise são fruto da própria judicialização a colocar matérias à apreciação da Corte que, previstas como garantias constitucionais, dependem da decisão judicial para que os direitos possam ganhar concretude

Verifica-se que cada vez mais o Judiciário busca não apenas reconhecer o direito objetivo, mas também lhe dar concretude, já que aqueles que seriam responsáveis pela implementação do direito e das políticas públicas simplesmente não o fazem.

Os juízes, entretanto, não podem exercer liberdade discricionária ou absoluta, devem ser intérpretes do sentimento social, das circunstâncias e do seu tempo, e devem reportar suas decisões a uma norma jurídica, regra específica, princípio ou valor compartilhado pela sociedade que fornecerá o substrato de legitimidade para sua decisão.

Nesse sentido, sobre sua teoria da decisão Lenio Streck²² aduz:

O que tenho dito em minha teoria da decisão é que devemos, fundamentadamente, evitar que a decisão seja dada pela ideologia, subjetividade ou por interesses pessoais, porque esse é o espaço em que entra o sujeito solipsista mais especificamente – sim, aquele “sujeito-viciado-em-si-mesmo” e que continua infernizando o que resta da humanidade. De todo modo, tranquilizemo-nos: o juiz não é uma figura inerte, neutra. Não, não quero – e jamais pretendi – proibir os juízes de interpretar, como alguns equivocadamente, vivem apregoando. Portanto, não há dúvida de que pulsa um coração no peito dos juízes. Mas não é disso que se trata. Tenha-se claro, mas muito claro mesmo, que discutir teoria da decisão não tem nada haver com o represtinamento do juiz boca da lei ou outras coisas rasas como essa. E não percamos mais tempo com essas aleivosias.

Saliente-se que, quando o Poder Legislativo atua fazendo escolhas políticas e editando leis²³, é dever do Poder Judiciário a deferência a essas decisões, pois é do Executivo e do Legislativo a primazia na tomada de decisões políticas, que somente podem ser invalidas se em flagrante contrariedade à Constituição Federal. Por outro lado, quando o processo político

²² STRECK, Lenio, *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.239

²³ HUMENNHUK, Hewerstton, *Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.239.

não consegue atender a tempo a hora demandas sociais relevantes e essas são judicializadas, será o Poder Judiciário que deverá intervir para atendê-las.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa objetivou analisar e discutir a atuação não ortodoxa do Poder Judiciário, na aplicação do direito positivado, tendo como base a força normativa dos princípios constitucionais.

Para tanto, teve como principal questão norteadora a antinomia da atuação jurisdicional calcada no positivismo puro em face das necessidades sociais contemporâneas.

Constatou-se, como problemática essencial, a existência de inúmeras garantias constitucionais, que por ausência de regulação pelo legislador ordinário, dão azo a demandas judiciais, onde o Judiciário é chamado a preencher as lacunas legais, tendo como consequência o seu protagonismo.

Foram enfocadas as consequências advindas da atividade legiferante suplementar do Poder Judiciário, em sua participação em campo destinado a outros poderes, frente a omissão do Legislativo e a falta de efetividade do Executivo na elaboração de Políticas Públicas.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram, no decorrer da pesquisa, foi possível concluir que com a ascensão do Poder Judiciário pela crescente judicialização, uma parcela do poder político foi transferida de outros poderes, uma vez que importantes questões financeiras, econômicas e sociais, de largo alcance, tiveram sua instância decisória final perante o Judiciário.

O entendimento a que se chegou foi que o ativismo judicial difere da judicialização pois é um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição Federal, levando a norma constitucional a disciplinar matéria que não havia sido disciplinada por nenhuma outra.

Na prática, o ativismo traz consigo uma face positiva a medida em que o Poder Judiciário atende a importantes demandas sociais que não foram atendidas, a tempo e a hora, por outros Poderes. A face negativa é a que aponta o déficit do Poder Legislativo, que é a instância política por excelência, que não consegue atender a essas demandas sociais.

Não obstante, concluiu-se que, para garantia da segurança jurídica, é preciso que se imponham limites ao ativismo, em nome da legitimidade democrática e integridade do sistema jurídico, sem o que pode ser gerada instabilidade política.

Concluiu-se ainda que, por implicar o ativismo judicial na criação de normas jurídicas, expressando uma postura expansiva de interpretação da Constituição, as situações

autorizativas desse agir proativo devem limitar-se aquelas em que o Poder Público deveria ter atuado para cumprir os mandamentos constitucionais e não o fez.

O principal argumento usado para esta pesquisa sustentou-se na premissa de que a ordem constitucional vigente consagra os direitos fundamentais e aponta como dever do Estado, por meio das Políticas Públicas, propiciar aos cidadãos sua real efetividade. Entretanto, o mandamento do artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88 estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Isso faz prevalecer o dever constitucional de exame dos pedidos de tutela jurisdicional de direitos consagrados na Constituição e não regulamentados pelas normas infraconstitucionais.

Dessa forma, configurada a hipótese de inércia estatal ou abusividade governamental, emerge a legitimidade constitucional de controle e intervenção do Poder Judiciário, sob o mantra do princípio maior que se destina a proteção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*/Luís Roberto Barroso. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, Limites e possibilidades da Constituição Federal Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. *Lei nº 7.783*, de 28 de junho de 1989. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 1989.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> .Acesso em 31mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 31mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf> Acesso em 31mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 712*. Relator Ministro Eros Grau Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+712%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b65dvds> Acesso em 31mar 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Relator Ricardo Lewandowski. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/pagina.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em 31 mar 2018.

CRISAFULLI, Vezio, *La Costituzione e lê sue disposizioni di principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952.

CUNHA, Dirley Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

HUMENNHUK, Hesterston, *Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da. et al. (Org.). *Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SILVA, Gustavo Passarelli da. *O positivismo e a interpretação do Direito Privado no Brasil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3439, 30 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23110>>. Acesso em: 22 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. *Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade*. Rio de Janeiro, 2015.

STAËL-Holstein, *Lettres sur les ouvrages et le caractère de Jean-Jacques Rousseau (1788)*, In: SCMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

STRECK, Lenio, *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Luiz Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.