



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TEORIA CONCRETISTA SOB O ENFOQUE DO ATIVISMO JUDICIAL: A  
PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL FACE À INÉRCIA DO LEGISLATIVO

Renato Passos Aguiar

Rio de Janeiro

2018

RENATO PASSOS AGUIAR

TEORIA CONCRETISTA SOB O ENFOQUE DO ATIVISMO JUDICIAL: A  
PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL FACE À INÉRCIA DO LEGISLATIVO

Artigo científico apresentado 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

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

## TEORIA CONCRETISTA SOB O ENFOQUE DO ATIVISMO JUDICIAL: A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL FACE À INÉRCIA DO LEGISLATIVO

Renato Passos Aguiar

Graduado pela Universidade Candido Mendes.  
Advogado.

**Resumo** – O tema do presente artigo se mostra de fundamental importância no âmbito social, político e jurídico. A temática relacionada ao ativismo judicial vem sendo debatido diante do atual cenário político pelo qual o Brasil passa e de posições adotadas por tribunais de todo o país que denotam grande carga de ativismo, apesar da existência de mecanismos como a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. Verifica-se que o poder judiciário tem uma grande possibilidade de atuação ativa pautada em princípios com a finalidade da busca da promoção dos direitos fundamentais. O presente trabalho visa abordar o enorme prejuízo da omissão legislativa e a necessidade de um ativismo judicial de forma moderada, para que, exclusivamente proteja e promova os direitos fundamentais, com base na própria Constituição Federal, a fim de evitar eventuais totalitarismo do Poder Judiciário.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Ativismo judicial. Princípios constitucionais. Direitos fundamentais.

**Sumário** – Introdução. 1. Como o princípio da separação dos poderes deve ser analisado à luz das limitações existentes para o exercício dos direitos fundamentais. 2. Como o legislador se posiciona diante do princípio da separação e da necessidade do exercício dos direitos fundamentais. 3. O paradoxo da ilegitimidade do poder judiciário diante da aplicação de um direito democraticamente construído na busca da proteção e da concretização dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da prática do ativismo judicial, na intenção de possibilitar aos cidadãos o exercício de direitos fundamentais obstados pela inércia do legislador. Procura-se demonstrar que mesmo a separação dos poderes sendo cláusula pétrea, deve haver flexibilização de tal princípio quando do interesse do cidadão, principalmente no tocando ao exercício de direitos fundamentais.

Para tanto será abordado os debates judiciais realizados acerca do tema, bem como a lei que positivou esse modo de agir do Poder Judiciário.

O tema traz controvérsia, uma vez que está atrelado aos princípios constitucionais da separação dos poderes, bem como da dignidade da pessoa humana, consubstanciada nos direitos fundamentais do cidadão e também pela grande preocupação quanto ao ativismo judicial, pois, se utilizado de forma não responsável traz grande instabilidade e insegurança ao sistema

jurídico, razão pela qual em prol da importância de tais direitos, é necessário analisar o presente assunto.

Inicia-se no primeiro capítulo do trabalho com o já antigo debate sobre a separação dos poderes e o ativismo judicial, de forma a analisar a ponderação de tal princípio face às necessidades do cidadão.

Dessa forma, procura-se demonstrar que mesmo se tratando de princípio que rege o sistema de governo, deve haver sua ponderação frente aos direitos dos cidadãos, sendo certo que não é aceitável num sistema democrático de direito que os cidadãos deixem de exercer direitos devido à inercia de seus representantes.

No segundo capítulo é realizada a análise da positivação da teoria concretista, por meio do princípio da legalidade, onde, com esse permissivo legal foi concedido ao judiciário a possibilidade de invadir a esfera de competência do poder legislativo.

Observa-se que, por meio do ativismo judicial, o Poder Judiciário já procedia de forma a invadir a competência do Poder Legislativo aplicando a teoria concretista na resolução de suas demandas para não deixar o cidadão sem a possibilidade de exercer seus direitos fundamentais, prestigiando, por fim, a dignidade da pessoa humana. Para corroborar com a necessidade de proteção do exercício dos direitos fundamentais, apresenta-se nesse capítulo argumentos dos Ministros do STF favoráveis a esta atuação por meio do ativismo judicial.

Por fim, no terceiro capítulo, busca fazer uma análise positiva do ativismo judicial, sob o prisma da legitimação do poder judiciário, eis que em nosso sistema os representantes do judiciário não são representantes eleitos pelo povo. Dessa forma, observa-se que os magistrados prestigiam o exercício dos direitos fundamentais, positivados, em última análise, pelo próprio povo, por meio de seus representantes, em detrimento do princípio da separação dos poderes.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador irá eleger um conjunto de proposições hipotéticas para analisar o objeto da pesquisa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretender se valer da jurisprudência pertinente e temática em foco.

## 1. COMO O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DEVE SER ANALISADO À LUZ DAS LIMITAÇÕES EXISTENTES PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Atualmente, o modelo de governo mais aceito é o da separação dos poderes que segue a corrente tripartite nos moldes descritos por Montesquieu em sua obra ‘O Espírito das Leis’. O autor observou que pela experiência dos modelos de governo onde ocorria a concentração de todo o poder em uma só pessoa, se chega a conclusão que o homem que detém um poder ilimitado em suas mãos acaba por se corromper e abusar dele.

Dessa forma, a fim de evitar a corrupção e abusos por parte do detentor do poder, a proposta de modelo de governo proposta por Montesquieu apresenta a divisão em três poderes – Poder Legislativo, que detém como função típica a de legislar e fiscalizar; Poder Executivo, que detém como função típica a de administração do Estado; Poder Judiciário, que detém como função típica a aplicação da lei. Nota-se que cada poder possui suas atribuições, trazendo, ainda, a ideia das suas respectivas limitações e uma relação de harmonia e independência entre si, visando um equilíbrio com a finalidade de um poder não se sobrepor ao outro.<sup>1</sup>

O constituinte brasileiro, percebendo a importância desse modelo de governo, o tornou uma cláusula pétrea, conforme o artigo 60, §4, III da Constituição Federal<sup>2</sup>, *in verbis*: “ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes”.

Esse modelo impede que um poder invada a atribuição do outro, buscando sempre o equilíbrio e evitando o abuso do poder. Entretanto, diante da possibilidade da prática de abusos e da separação de atribuições não ser respeitada, Montesquieu prevê um controle recíproco natural, onde um poder consegue exercer uma forma de controle a fim de evitar/cessar a prática de abusos, denominado sistema de freios e contrapesos, que tem a finalidade de manter a harmonia entre todos os poderes.

Do outro lado, se tem os direitos fundamentais, que são direitos de extrema importância para os cidadãos, construídos a partir de transformações históricas e evoluções

---

<sup>1</sup> COUCEIRO, Julio. *Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura#\\_ftnref7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref7)>. Acesso em: 14 abr. 2018.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2018.

ocorridas com base em lutas contra abusos por parte do Estado, onde, em última análise, refletem diretamente a dignidade da pessoa humana.<sup>3</sup>

Os direitos fundamentais representam direitos de com base intrinsecamente constitucional, tendo a possibilidade ou não de ser um dos direitos humanos. Porém, não se trata de um mero direito constitucional, trazendo uma carga de princípios e regras que os fazem ter um status próprio, em distinção de uma simples norma constitucional.<sup>4</sup>

Aqui reside a problemática da questão. O princípio da separação dos poderes deve ser prestigiado em detrimento do exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos?

A primeira oportunidade de manifestação quanto a essa questão surgiu no julgamento do Mandado de Injunção nº 107. O STF, em sua decisão, prestigiou o Princípio da Separação dos Poderes tendo, como um dos principais argumentos, a sua imunidade por ser uma cláusula pétreia, conforme se observa no trecho do voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem no MI 107<sup>5</sup>:

[...] verifica-se, claramente, que não se deu ao Supremo Tribunal Federal – e o mesmo motivo é bastante para não dá-lo a quaisquer juízes e Tribunais em mandado de injunção que visasse à regulamentação extensível a casos análogos – o poder de legislar, ainda que provisoriamente, na ação de inconstitucionalidade por omissão em respeito ao princípio da separação dos poderes que, na Constituição atual, foi incluído entre os princípios imunes ao poder de revisão (art. 60, §4, III).

A constituição de 88 trouxe para o Brasil, mais especificamente no seu artigo 3º, os ideais da prestação de direitos social, trazendo como objetivos dispositivos que traduzem uma atuação positiva por parte do Estado para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. A preocupação surge da evolução do Estado Liberal para o Estado Social, onde foi verificado que o Estado deveria prestar ações positivas com a finalidade de proteger os direitos dos cidadãos, sendo um dos principais objetivos a serem alcançados. Tal visão, por si só, já seria o suficiente para retirar a rigidez do Princípio da Separação dos Poderes, pois, se dotar tal princípio de inflexibilidade, a finalidade de um Estado Social ficaria ao arbítrio dos poderes competentes para a edição das normas viabilizadoras do exercício dos direitos fundamentais, os quais, se não cumprirem tal papel, resultariam na falta da necessária proteção ao cidadão.

---

<sup>3</sup> LURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&%20artigo\\_id=4528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528)>. Acesso em: 14 abr. 2018.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

<sup>5</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *MI-QO 107/DF*. Relator: Ministro Moreira Alves, p. 39. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506\\_MIQO\\_107\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107[1].pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

Esse, inclusive, foi um dos argumentos utilizados pelo STF quando da virada jurisprudencial, onde a corte entendeu que deveria prestar a efetiva proteção dos direitos dos cidadãos, flexibilizando o Princípio da Separação dos Poderes para, assim, viabilizar o exercício de tais direitos.

[...] O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. E este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessária a intervenção ativa do Tribunal Constitucional.<sup>6</sup>

Verifica-se, assim, que toda a ordem constitucional tem enorme preocupação com os direitos fundamentais, visto que por imposições normativas ou evoluções teóricas/filosóficas, tal tipo de direito ganha prestígio na sua proteção, sendo objeto de mecanismos que garantem o seu pleno exercício.

## 2. COMO O LEGISLADOR SE POSICIONA DIANTE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E DA NECESSIDADE DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da grande importância, já explicitada, dos direitos fundamentais, verifica-se que o constituinte originário previu garantias para assegurar o exercício desses quando se está diante de uma omissão impeditiva, como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Em que pese a importância desses direitos e dos seus instrumentos garantidores, observa-se que por muito tempo perdurou uma omissão normativa quanto ao Mandado de Injunção. Diante desse contexto, foi suscitado o debate, no STF, das questões procedimentais para o uso desse instrumento, para tratar de questões como, por exemplo, a sua auto aplicabilidade e o meio pelo qual a finalidade do Mandado de Injunção seria alcançada.

Tais questões foram debatidas e resolvidas pelo STF na Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107<sup>7</sup>. Nessa oportunidade, foi afirmado que a norma que institui o Mandado de Injunção é auto executável e tem aplicação imediata. Em relação ao procedimento para a sua

---

<sup>6</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, apud. Voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670, p. 37-38. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI-QO 107/DF*. Relator: Ministro Moreira Alves, p. 02. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506\\_MIQO\\_107\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107[1].pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

aplicação, diante da omissão normativa, foi decidido pela aplicação do mesmo procedimento do Mandado de Segurança, até que a legislação específica fosse editada.

Entretanto, observa-se que a decisão do STF não resolveu um peculiar problema inerente ao Mandado de Injunção: a sentença de tal instrumento visa a viabilização do exercício de direito fundamental, entretanto, esbarra no problema de as normas atacadas não produzirem por si só todos os efeitos que possibilitam o seu exercício.

Essa viabilização é possível por dois métodos: a edição da norma regulamentadora pelo Poder Legislativo ou a criação de um regramento pelo Poder Judiciário.

A segunda opção, apesar de solucionar o caso concreto, se contrapõe ao Princípio da Separação dos Poderes.

Diante da problemática colocada em questão, verificou-se a existência de duas teorias quanto ao modo que deveria ser tratada a questão levada ao Poder Judiciário.

A teoria não-concretista privilegia o Princípio da Separação dos Poderes, onde o Poder Judiciário deve se limitar a declarar a mora legislativa e cientificar o órgão competente para providenciar a elaboração da norma regulamentadora.<sup>8</sup>

Já a teoria concretista, que privilegia a proteção ao jurisdicionado entende que o Poder Judiciário deveria criar o regramento. Essa teoria torna a decisão do Mandado de Injunção efetiva e prática, resolvendo e criando meios para o exercício do direito objeto da lide que foi levado ao Poder Judiciário.<sup>9</sup>

Diferentemente dos métodos sistemáticos, a teoria concretista, herdeira dos métodos aporéticos de interpretação constitucional, parte da reflexão sobre o problema a ser resolvido, e não da interpretação a respeito do sistema normativo. Por isso, fala-se em concretização, ou seja, a aplicabilidade para atingir a finalidade de resolver problemas concretos. Tal teoria parte de uma interpretação do sistema jurídico utilizando-se de princípios e valores para buscar a solução mais adequada ao caso, que é a da viabilização dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma: “A Constituição é concebida como um sistema aberto de princípios e regras a serem selecionados pelo intérprete segundo critérios de conveniência e oportunidade para alcançar a solução mais justa para o problema concreto a ser enfrentado.”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> MELO NETO, Orlando Luiz de. *Mandado de Injunção e a evolução da Teoria Concretista*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 06 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47255&seo=1>>. Acesso em: 03 set. 2018.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> SOUZA, Marcio Scarpim de. *Métodos concretistas de interpretação constitucional: contribuições de Viehweg, Hesse, Müller e Häberle*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 09 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56512&seo=1>>. Acesso em: 04 set. 2018.

Nota-se que a solução dada traduz a justiça almejada para o cidadão, eis que o atuar ativo do Poder Judiciário é cotejado com a omissão praticada pelo poder democraticamente eleito.

Entretanto, tal teoria, inicialmente, sofreu resistência pelo próprio STF. Ainda no julgamento do Mandado de Injunção 107, ocorrido em 1989, foi reconhecida a vedação ao Poder Judiciário do exercício de funções políticas, pois essa função é inerente aos Poderes Legislativo e Executivo, que são os órgãos de representação popular, respeitando o princípio democrático.<sup>11</sup>

A virada de posição e adoção completa da teoria concretista foi ocorrer no ano de 2007, com o julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708, 712 e 721, ocasião essa que o STF adotou soluções compatíveis para a resolução dos casos levados ao judiciário, permitindo o pleno exercício dos direitos fundamentais objetos dos mandados.

Embora haja o risco de comprometimento da força normativa da Constituição, e a consequente quebra de sua unidade, a morosidade observável no andamento da atividade legislativa faz com que as interpretações de caráter concretista ganhem sustentação tendo em vista a insurgência de uma série de problemas reais, muitos deles relacionados a direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna brasileira, que não são contemplados pelo nosso sistema normativo.

Dessa forma, conforme se observa na justificação do Projeto de Lei nº 6.128 de 2009, que resultou na lei regulamentadora do Mandado de Injunção – Lei nº 13.300 de 2016 – o legislador infraconstitucional, reconhecendo a existência de lacunas que impedem a efetividade do texto constitucional, viu a necessidade de disciplinar este instrumento de tamanha importância que ajuda no regular exercício da democracia.<sup>12</sup>

Observa-se, ainda, que o legislador seguiu a linha da jurisprudência do STF possibilitando a aplicação, quando da decisão proferida em sede de Mandado de Injunção, de efeitos inter parte ou erga omnes na solução dada ao conflito, conforme se observa no artigo 9º, §1º da Lei nº 13.300.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> ADVOCACIA SCOTY DINIZ. *A atual Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/advocacia-diniz5/artigos/a-atual-interpretacao-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-efeitos-do-mandado-de-injuncao-e-o-principio-da-separacao-de-poderes-3552>>. Acesso em: 04 set. 2018.

<sup>12</sup> BRASIL, *Projeto de Lei nº 6.128 de 2009*. Relator: Flavio Dino. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=697234&filename=PL+6128/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=697234&filename=PL+6128/2009)> Acesso em: 04 set. 2018.

<sup>13</sup> BRASIL, *Lei nº. 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm)> Acesso em: 04 set. 2018.

Por fim, prestigiando o princípio da separação dos poderes, o legislador privilegiou a primazia de eventual norma regulamentadora produzida pelo legislativo em detrimento de regulamentação conferida por meio de decisão judicial, trazendo, ainda, segurança ao cidadão no tocante à eventual conflito de efeitos entre duas regulamentações, conforme se observa no art. 11 da Lei nº 13.300 de 2016.<sup>14</sup>

Dessa forma, conclui-se que o ativismo judicial, apesar de ser um risco para o estado democrático de direito se utilizado de maneira imprudente, se faz necessário nos casos de efetivação de direitos fundamentais, pois, estes são a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo ser obstado o seu exercício por conta da inércia dos poderes políticos do Estado.

### 3. O PARADOXO DA ILEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA APLICAÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRATICAMENTE CONSTRUÍDO NA BUSCA DA PROTEÇÃO E DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No período pós Segunda Guerra Mundial, veio à tona uma imensa preocupação com relação aos direitos humanos, tendo em vista os fatos que ocorreram em tal período.

Verifica-se que com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o mundo passou a buscar a proteção e a efetivação, por meio das leis, dos direitos e liberdades fundamentais, refletindo, em última análise, na própria dignidade da pessoa humana, conforme se observa no trecho do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>15</sup>:

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

(...)

Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades.

Assim, diante da tendência positivista dos direitos fundamentais, verifica-se uma abertura para que o Poder Judiciário tenha a possibilidade de protegê-los e até concretizá-los, por meio de sua atividade típica, fato esse que permite a judicialização da política, sendo tal atuação notadamente realizada pelos tribunais constitucionais.

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

Dentro desse contexto, observa-se a existência de duas teorias sobre a forma de atuar do Poder Judiciário no tocante ao âmbito político: a corrente substancialista, capitaneada por Dworkin e a corrente procedimentalista, capitaneada por Habermas<sup>16</sup>.

Os pensadores da corrente procedimentalista defendem que a constituição tem um papel instrumental, trazendo o objetivo de garantir o exercício da democracia e as consequentes tomadas de decisões, por meio dos instrumentos de participação democrática, privilegiando a liberdade política necessária ao atuar democrático.

A intervenção judicial, para essa primeira corrente, se limita a garantir a realização dos objetivos acima expostos. Do contrário, havendo o atuar do Poder Judiciário para efetivar as promessas democraticamente realizadas, acarretaria na judicialização da política, onde se afasta o necessário debate democrático.

Defendem, ainda, a inexistência da carga moral de uma sociedade na sua constituição, afastando a ideia do reflexo dos valores morais nas normas, pois, partindo dessa ideia, o Poder Judiciário, diante da análise hermenêutica para o julgamento dos casos, se tornaria uma corte moral, dando a possibilidade ao magistrado de se basear em princípios e valores para tomar decisões que se sobrepõe às normas criadas em legítimo processo democrático. O agir como promovedor das promessas democraticamente realizadas traria a consequência, ainda, do enfraquecimento dos demais poderes<sup>17</sup>.

Logo, de acordo com essa corrente, o Poder Judiciário invade a competência dos demais poderes, por um atuar ilegítimo, ferindo a lógica do funcionamento dos poderes.

Já os defensores da corrente substancialista analisam a alta carga valorativa constante nas constituições, identificando as diretrizes a serem seguidas e conferindo às leis o papel de concretizar os valores democraticamente adotados. Afirma ser legítimo o atuar do Poder Judiciário, pautado nas diretrizes constitucionais, com o fim de dar efetividade aos direitos fundamentais. Assim, é primordial que os magistrados interpretem os valores constitucionais para que seja aplicada a devida “densidade normativa aos preceitos constitucionais vagos que elencam tais direitos”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> LEAL JÚNIOR, João Carlos e SHIMAMURA, Emilim. *Sobre procedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1404/1448>>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>17</sup> SILVA, Lorena Fonseca e COUTO, Felipe Frões. *Sobre ativismo judicial: o debate “substancialismo x procedimentalismo” em perspectiva*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/02/legitimidade.html>>. Acesso em: 17/09/2018.

<sup>18</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>>. Acesso em: 18 set. 2018.

Assim, para essa corrente, a legitimidade do judiciário se dá pela proteção e concretização dos direitos fundamentais.

Verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil favorece a prática de um viés substancialista, tendo em vista alta carga valorativa constante do seu texto, resguardando os valores consagrados pela sociedade, conforme se observa em seu preâmbulo<sup>19</sup>. Nota-se, ainda, a importância dada aos direitos fundamentais que, além da positivação e da proteção conferida, foram classificados como cláusula pétrea devido a sua importância, conforme se observa no art. 60, §4, IV da CRFB.<sup>20</sup>

Diante do olhar substancialista, verifica-se que o Poder Judiciário observa a carga valorativa presente na Carta Maior quando da sua atuação.

De acordo com o Ministro Celso de Mello<sup>21</sup>, como cabe ao Poder Judiciário a guarda dos direitos e garantias fundamentais, esse poder, mais notadamente pelo seu tribunal constitucional – Supremo Tribunal Federal – adota um comportamento afirmativo, tendente a efetivar os preceitos constitucionais. Assim é legítima uma conduta ativa para que se faça suprir as graves lesões aos direitos e liberdades fundamentais, sendo esta uma consequência do impacto substancialista na Constituição da República Federativa do Brasil.

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro.

Diante do cotejo com a omissão praticada pelo poder legislativo, ainda de acordo com o Ministro Celso de Mello<sup>22</sup>, a postura adotada pelo Poder Judiciário se tornou uma necessidade institucional:

Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

---

<sup>19</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 18 set. 2018.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> SOLENIDADE DE POSSE DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO NA PRESIDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO BRASIL, 2012, Brasília. *Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello*. p. 22. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>22</sup> Ibid., p. 22-23.

Observa-se que, diante do presente cenário, o Poder Judiciário desempenha um forte poder político. O órgão tem a possibilidade de, fundamentadamente, sobrepor decisões oriundas dos demais poderes democraticamente eleitos, poder esse chamado de contramajoritário que objetiva proteger as minorias diante da perspectiva material/substancialista da democracia constitucional, sendo dotado de legitimidade, conforme explica o Ministro Barroso<sup>23</sup> “ [...] entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias”.

Assim, se vê plenamente legítimo o ativismo judicial quando esse se dá na busca da proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda conforme o Ministro Barroso<sup>24</sup>, há dois vieses legitimadores do atuar ativo do judiciário: um de natureza normativa e outro de natureza filosófica.

O viés normativo se justifica pelo fato da própria constituição conferir um certo poder político ao judiciário, mais notadamente para a corte constitucional. A aplicação das leis e da constituição traduzem a mais pura concretização da vontade democrática, eis que aquelas, em última análise, decorrem do próprio povo, por meio de seus representantes.

Porém, diante de expressões vagas, valores e princípios aplicados quando do seu atuar, verifica-se que o poder judiciário, de sua maneira, acaba participando do processo legislativo.

Já o viés filosófico se verifica dentro do debate acerca do constitucionalismo e da democracia. O primeiro traduz a ideia da limitação de poderes, proteção e efetivação dos direitos fundamentais – resumido na razão. Já o segundo se traduz na soberania do povo – vontade da maioria. Observa-se, assim, a possibilidade de conflitos envolvendo a razão e a vontade.<sup>25</sup>

Dentro dessa ideia, a constituição deve, nas palavras do Ministro Barroso<sup>26</sup>, desenvolver dois grandes papéis: “estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla” e “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”, sendo o STF, como interprete da constituição velar pelas regras do jogo e pelos direitos fundamentais.

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2018.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 11-12.

Por fim, verifica-se que essa possibilidade de atuação não se dá de maneira ilimitada.

O atuar do Poder Judiciário não pode se sobrepor à democracia. O governo da maioria, traduzido no papel dos poderes legislativo e executivo devem ser respeitados. Cabe à lei, observando a carga valorativa da constituição, devidamente aprovada em processo legislativo democrático, traduzir as escolhas e visões da sociedade diante de sua natural evolução.

O Poder Judiciário deve se restringir à contenção de abusos e a preservação da democracia e dos direitos fundamentais.

Ainda de acordo com o Ministro Barroso<sup>27</sup>: “Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos”.

Assim, verifica-se a possibilidade da prática do ativismo judicial para a efetivação dos direitos fundamentais diante de uma omissão legislativa. Os limites democraticamente impostos devem ser respeitados, não devendo o Poder Judiciário utilizar de técnicas hermenêuticas para violar o modelo democrático, devendo, sempre, privilegiar a posição do cidadão como sujeito de direito.

## CONCLUSÃO

O tema em análise no presente artigo científico tem grande relevância política, jurídica, filosófica e social, ultrapassado o mero debate jurídico, pois traz consequências diretas para a vida social, podendo afetar a regulação das relações interpessoais na sociedade.

Verifica-se o debate político-filosófico da organização do estado, baseado no modelo de Montesquieu, adotado pela Constituição de 1988, onde ambos os poderes devem atuar em harmonia com competências e finalidades delimitadas, havendo, ainda, um sistema de controle mútuo para evitar sobreposições e posições totalitaristas de quaisquer dos poderes.

A Constituição Federal privilegiou o grupo dos direitos fundamentais, conferindo para esses grande importância. Verifica-se que tais direitos, além de privilegiarem o ser humano como pessoa, trazem toda a carga democrática emanada do povo, tendo, assim, seus representantes os elencados em tal categoria.

Desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988, até os dias atuais, verifica-se que o Poder Legislativo se omitiu na produção legislativa de diversos dispositivos legais. Vários

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 12. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2018.

desses impedem justamente a efetivação dos direitos fundamentais, sendo tal omissão de enorme prejudicialidade para a sociedade.

Tal omissão, inclusive, foi reconhecida pelo próprio Poder Legislativo justificando o Projeto de Lei nº 6.128 de 2009, que resultou na Lei nº 13.300 de 2016, que veio a regulamentar o Mandado de Injunção, importante mecanismo fornecido à sociedade para sanar essa omissão.

Enfrentando a omissão praticada, o Poder Judiciário vem se portando com um atuar ativo para conferir a devida proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais por meio de um moderado poder político conferido pela Constituição Federal, fazendo presente o debate sobre a invasão do Poder Judiciário nas demais esferas do Estado.

Dessa forma, é possível afirmar a necessidade de um ativismo judicial regulado, com a finalidade da proteção e da garantia dos direitos fundamentais e para que não haja qualquer possibilidade de tamanha desarmonia entre os poderes a ponto de um totalitarismo praticado pelo Poder Judiciário. Tal atuar deve se dar dentro dos limites que a própria Constituição Federal conferiu, uma vez que essa, além de conferir um elevado grau de importância para tais direitos se traduz na voz do próprio povo por meio de seus representantes. Por tais razões, fica claro a necessidade de um ativismo judicial para proteger tais direitos, não havendo espaço para se falar da total retração do Poder Judiciário diante de omissões legislativas gravosas para toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ADRIANO DOS SANTOS LURCONVITE. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&%20artigo\\_id=4528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528)>. Acesso em: 14 abr. 2018.

ADVOCACIA SCOTY DINIZ. *A atual Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação de Poderes*. Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/advocacia-diniz5/artigos/a-atual-interpretacao-do-supremotribunal-federal-sobre-o-efeitos-do-mandado-de-injuncao-e-o-principio-da-separacao-de-poderes-3552>>. Acesso em: 04 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 6.128 de 2009. Relator: Flavio Dino*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=697234&filename=PL+6128/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=697234&filename=PL+6128/2009)>. Acesso em: 04 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.300/2016*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm)> Acesso em: 04 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI-QO 107/DF*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506\\_MIQO\\_107\[1\].pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107[1].pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

COUCEIRO, Julio. *Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura#\\_ftnref7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref7)>. Acesso em: 14 abr. 2018.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>>. Acesso em: 18 set. 2018.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; SHIMAMURA, Emilim. *Sobre procedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1404/1448>>. Acesso em: 17 set. 2018.

MENDES, Gilmar. *Supremo Tribunal Federal Voto no MI 670*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 17 set. 2018.

SOLENIIDADE DE POSSE DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO NA PRESIDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DO BRASIL, 2012, Brasília. *Discurso proferido por Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

SARLET, Ingo. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

SILVA, Lorena Fonseca; COUTO, Felipe Fróes. *Sobre ativismo judicial: o debate “substancialismo x procedimentalismo” em perspectiva*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/02/legitimidade.html>>. Acesso em: 17/09/2018.

SOUZA, Marcio Scarpim de. *Métodos concretistas de interpretação constitucional: contribuições de Viehweg, Hesse, Müller e Häberle*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 09 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56512 &seo=1>>. Acesso em: 04 set. 2018.