



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS E O ATIVISMO
JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES

Gabriella Desiderio de Britto

Rio de Janeiro
2019

GABRIELLA DESIDERIO DE BRITTO

POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS E O ATIVISMO
JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES

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
2019

POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS E O ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Gabriella Desiderio de Britto

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O princípio da separação dos poderes é o pilar do Estado Democrático de Direito, uma vez que aquele titulariza a distribuição funcional de competência constitucionalmente disposta. Contudo, nos últimos anos, foi possível analisar uma tendência de judicialização de políticas públicas e de questões constitucionais, sobretudo no que toca os direitos fundamentais e sociais acarretando, por corolário, o fenômeno do ativismo judicial. O presente trabalho visa analisar se o ativismo ensejou um empoderamento do Poder Judiciário, bem como, possíveis rupturas ao sistema constitucional da separação dos poderes ao se atribuir a este um superpoder. Portanto, o escopo deste artigo é analisar os limites do ativismo judicial e parâmetros para os magistrados no julgamento dos casos concretos sob uma ótica neoconstitucionalista.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Princípio da Separação dos Poderes. Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Substancialismo versus Procedimentalismo. Efetivação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. Atuação do Judiciário na concretização de políticas públicas: balizas da atuação jurisdicional sob as perspectivas substancialistas e procedimentalistas². A valorização de precedentes judiciais e o núcleo essencial dos direitos fundamentais sob a ótica do *Civil Law*. 3. Neoconstitucionalismo no Brasil como corolário do ativismo judicial e a influência do microsistema de precedentes na autocontenção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda tema ligado à atuação do Judiciário na concretização de políticas públicas sob as perspectivas da reserva do possível versus a máxima efetividade do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a postura do Poder Judiciário dentre tais paradigmas. O objetivo do presente estudo é analisar os limites da ingerência do Poder Judiciário como figura concretista das normas constitucionais e o princípio da separação dos poderes.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a partir de um viés neoconstitucionalista, a fim de observar a tendência de ativismo judicial, no qual há um papel diretivo com valorização do conteúdo material da Constituição, ou seja, o Judiciário passa a

concretizar valores fundamentais presentes na Constituição, pautado na ideia de Supremacia desta.

Malgrado, a decretação pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucionais no que tange o sistema carcerário brasileiro e o Sistema Único de Saúde – SUS, demonstra que este ainda não possui uma posição concreta acerca dos limites da sua atuação para concretização de direitos fundamentais, tendo por vezes decisões procedimentalistas – visando apenas tutelar tais direitos e outras substancialista – quando concretiza direitos fundamentais na prática.

O tema é controvertido posto que atualmente muito se discute acerca dos limites da separação dos poderes e a ingerência de um poder no outro.

Para melhor compreensão do tema, o presente artigo visa realizar uma análise crítica daquilo que alguns autores chamam de ativismo judicial, ou seja, a possibilidade do Poder Judiciário participar na elaboração ou na concretização de políticas públicas e o limite de tal ativismo na separação dos poderes.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o conceito e a finalidade do princípio da separação dos poderes, bem como, a atuação do Judiciário na concretização de políticas públicas: balizas da atuação jurisdicional sob as perspectivas substancialistas e procedimentalistas.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, sob uma perspectiva de valorização de precedentes judiciais e a concretizar axiomas presentes na Carta Magna acerca da existência de uma incumbência ao Poder Judiciário de parte do Poder legiferante e sua capacidade de modificação na estrutura jurídica do Civil Law.

O terceiro capítulo objetiva refletir a influência do Neoconstitucionalismo na postura ativista do Poder Judiciário brasileiro, bem como, a correlação de tal instituto com o microsistema de precedentes judiciais como cerne da autocontenção capaz de balizar a atuação judicial.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

Nesse diapasão, o presente artigo tem como escopo realizar uma análise argumentativa daquilo que alguns autores chamam de ativismo judicial, bem como do fenômeno da judicialização da política, com o fito de comprovar sua imprescindibilidade no panorama jurídico-político atual, todavia, com a apresentação de parâmetros para atuação judicial.

1. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: BALIZAS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL SOB AS PERSPECTIVAS SUBSTANCIALISTAS E PROCEDIMENTALISTAS

Para iniciar à análise do tema em epígrafe, demonstra-se imprescindível que se parta de um exame acerca da distribuição de competência atribuída constitucionalmente pelo Poder Constituinte Originário, a fim de se compreender a essencialidade da tripartição de poderes para um Estado Democrático de Direito e os limites da ingerência de cada Poder que consubstancia o sistema de freios e contrapesos.

A fim de uma breve contextualização histórica, a existência das funções administrativa, legislativa e judiciária foi originalmente concebida por Aristóteles, o qual descrevia a existência das três funções a serem exercidas pelo Estado. Contudo, o filósofo defendia que tais funções deveriam se concentrar na mão de uma única pessoa, consubstanciada na figura do Governante. Posteriormente, Montesquieu¹ analisou, a partir deste conceito inicial teorizado por Aristóteles que, de certo, há três funções distintas a serem exercidas pelo Estado, contudo, diferentemente da ideia absolutista consagrada por Aristóteles, deveria haver a repartição funcional do poder por diferentes Órgãos ou pessoas, com a designação de funções típicas a cada um deles, nascendo a ideia basilar para os sistemas democráticos concernente a tripartição de poderes².

No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, a separação dos poderes está positivada no art. 2º, da CRFB/1988³, explicitamente descrevendo que tais poderes são "independentes e harmônicos entre si", assim, cada Órgão exerce sua função típica e as funções atípicas previstas constitucionalmente, uma vez que estas são indelegáveis sem previsão expressa na Magna Carta, com o escopo de observar o princípio da indelegabilidade de atribuições. Como explica Pedro Lenza⁴ "Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do Poder Constituinte Originário [...]".

¹MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

²LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*®. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 543-544.

³BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

⁴LENZA, op.cit., p. 549.

Assim, observa-se que a tutela dos limites da separação dos poderes, demonstra-se imprescindível na garantia da estabilidade democrática, com o escopo de obstar a supervalorização de um dos poderes em detrimento dos demais, sobretudo, primordialmente sob a ótica da atuação judicial. Não obstante, quando da análise do contexto apresentado no Brasil atualmente, observa-se uma atuação mais proativa do Poder Judiciário, como por exemplo, o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas inconstitucionais, no que tange o sistema carcerário⁵, contudo, o que se deve analisar é se tal ingerência é capaz de ferir atribuições constitucionalmente dispostas.

Nesse diapasão, a partir de um viés neoconstitucionalista, observou-se uma postura mais ativista, no qual há um papel diretivo com valorização do conteúdo material da Constituição, ou seja, o Judiciário passa a concretizar axiomas presentes na Carta Magna, pautado na ideia de Supremacia da Constituição, acarretando uma maior ingerência na implementação de políticas públicas em um paralelismo entre a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, a reserva do possível e a separação dos poderes, se questiona a validade da decisão que determina ao Poder Executivo a elaboração de políticas públicas, indo além, assumindo ainda a função de fiscalizar e homologar tais planos, contudo tal explanação será mais aprofundada em capítulo próprio.

De certo que a possibilidade de controle judicial para assegurar direitos constitucionalmente previstos é válida, contudo, é do Poder Executivo a definição das prioridades na execução das políticas públicas, uma vez que a CRFB/88, em seu artigo 165⁶, atribuiu ao Poder Executivo a iniciativa privativa de deflagrar o processo legislativo orçamentário.

Nessa perspectiva, faz-se necessário a discussão acerca dos limites de ingerência do Poder Judiciário sob a perspectiva das teorias substancialistas e procedimentalistas da constituição. A teoria procedimentalista preceitua apenas a tutela de direitos fundamentais, ao passo que a constituição teria um papel meramente instrumental, assim, ao Judiciário caberia somente a garantia da observância do devido processo legal, sem participar da concretização dos valores axiológicos ali dispostos. Já o substancialismo, de encontro a isto, defende a concretização dos direitos fundamentais na prática, nesta teoria, o Poder Judiciário tem relevante papel na efetivação da Constituição.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347 MC/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2019

⁶BRASIL, op. cit., nota 03.

Ocorre que, observa-se que não há posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da vertente adotada, uma vez que ora tem uma postura mais neutra, sob o argumento da necessidade de respeito ao princípio da separação dos poderes, onde se percebe a adoção da teoria procedimentalista e ora, visa concretizar normas fundamentais constitucionalmente previstas, quando da ocasião da decretação do Estado de Coisas Inconstitucionais ou quando determina a expropriação de recursos administrados pelo poder público estadual⁷.

Outrossim, de certo que os anseios da sociedade, sobretudo quando se fala na concretização de postulados constitucionais, são infundáveis, mas, em contraposição, os recursos aos quais o poder público detém não são capazes de abarcar todas as necessidades, daí porque se falar nos postulados da reserva do possível e do mínimo existencial. Nessa perspectiva, há de ser feita uma análise crítica acerca do cabimento de decretação pelo Poder Judiciário, que não tem como função típica administrar, decidir a postura a ser adotada e definir a ordem de prioridade da concretização de direitos fundamentais, uma vez que, no que concerne às políticas públicas quando da atuação estatal, deve haver um estudo orçamentário para que se possa executar apenas aquilo que possui previsão nas leis dos respectivos poderes. Portanto, sob essa ótica, uma decisão judicial que apesar de concretizar garantias, desestabiliza o orçamento pode acabar trazendo efeitos piores, acarretando danos a outros direitos imprescindíveis.

De tal modo, sem uma percepção orçamentária mais planejada e ampla, a determinação do Judiciário pela implementação de políticas públicas com escolha de qual direito fundamental materializar, embora vise concretizar axiomas constitucionais, pode acabar ferindo a isonomia, a segurança jurídica e acarretar danos colaterais a uma existência digna a uma parte da sociedade, uma vez que, diante do contexto de desigualdade existente no país, arrisca-se só permitir a aquisição destes direitos, quem detém acesso suficiente a eles.

De outro lado, ainda há de ser observado que, sob a ótica da separação dos poderes, a atribuição de administrar a máquina estatal foi designada pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Executivo, sendo, inclusive, cláusula pétrea. Não se pode olvidar que a concretização de axiomas constitucionais é respeitável, mas isto não pode acarretar decisões que não são balizadas, isto é, que o juiz decida do jeito que ele acha que deve ser a solução do caso, tendo em vista que o magistrado não é alguém que recebeu da sociedade legitimidade para tanto.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 405 MC/RJ*, Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo869.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2019

Portanto, sob um olhar crítico, deixar ao arbítrio do Judiciário o que merece ser materializado, ou seja, rechaçando o que seria a reserva do possível, ignorando a existência dos planos plurianuais, das leis de diretrizes orçamentárias e das leis orçamentárias anuais, sem observância dos imperativos e possibilidades orçamentário-financeiras, fere outros valores constitucionais fundamentais e arrisca uma desestabilização democrática, uma vez que a estrutura jurídica da atribuição constitucional de poderes visa que cada Poder observe suas funções típicas e atribua legitimidade aos demais, por meio do sistema do *check and balances*, para isso, limites devem ser impostos.

2. A VALORIZAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS E O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO *CIVIL LAW*

A estrutura do direito brasileiro foi construída sob a ótica do positivismo jurídico, sobretudo sob a perspectiva da regra jurídica onde há a subsunção do fato a norma. A regra posta, não admite ponderação, sendo assim, havendo colisão entre duas regras, se requer que seja feita a exclusão de uma destas a fim de que reste apenas aquela que melhor se enquadre ao caso, o que se denomina cláusula de exceção a ser resolvida a partir da perspectiva da hermenêutica constitucional: Impossível o vislumbre de grau de cumprimento, as regras devem ser cumpridas na forma prescrita. Conforme explica Robert Alexy⁸ “Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos”.

No Brasil, a construção doutrinária e jurisprudencial foi pautada no *Civil Law*, isso quer dizer que, o pilar do direito brasileiro foi alicerçado na norma posta pautado em lei escritas em códigos, eivados do caráter de generalidade e abstração.

Ocorre que, ao longo das décadas, observou-se que o positivismo jurídico, por mais analítico que fosse o Código ou a Constituição no qual era pautado, seria insuficiente para solucionar todas as questões sociais, uma vez que os avanços chegam antes da normatização e o Direito precisa acompanhar os anseios sociais. Verifica-se que o positivismo rechaçava a ideia da existência de variáveis independente da vontade e da ação humana e desprezando a existência de axiomas a serem analisado, o que acarreta o desprezo a ideia de igualdade material.

Diante do exposto, na transição da modernidade para a pós modernidade consagrou-se o pós positivismo jurídico:

⁸ALEXYY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87.

Por conta dessa problemática fundamentação do direito justo, o positivismo jurídico revelou-se limitado e insatisfatório, entrando em crise, abrindo-se espaço para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função de interpretação do direito, reintroduzindo, na esteira da pós modernidade, as noções de justiça e legitimidade para compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico no sistema jurídico. Buscou-se, então, conceber a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado por muitos de pós positivismo jurídico.⁹

Somado a isto, tem-se a inestimável contribuição de Robert Alexy¹⁰, com o desenvolvimento da ponderação e da proporcionalidade que foi de primordial importância para a estrutura normativa constitucional atual, em seu trabalho denominado Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy diferenciou regras e princípios como espécies decorrentes da Norma, havendo no primeiro um juízo de subsunção e no segundo um juízo de ponderação.

Tal viés valorativo pautado no juízo principiológico foi de suma importância para a elaboração da Constituição da República de 1988, criando novo panorama de interpretação constitucional. Isso porque, é sabido que com o advento da CRFB/1988, consagrou-se por todo seu texto a ideia de Estado social. Nessa esteira, explica Marmelstein¹¹, baseado em termo originalmente cunhado por Karel VasaK, que o Estado social se enquadra sob a ótica dos direitos fundamentais de 2ª geração, pois exige uma postura mais proativa do ente estatal por meio de políticas públicas e ações governamentais, ou seja, há a exigência de prestações positivas.

Acrescenta-se que a promoção dos direitos fundamentais sociais, exige de todas as esferas de Poder uma postura concretista, permitindo ao Poder Judiciário uma maior liberdade de interpretação constitucional, o que antes era afastado pela perspectiva positivista inicialmente aplicada pelo *Civil Law*.

Malgrado, a introdução de uma extensa possibilidade de interpretação principiológica dada por esta nova forma de interpretação constitucional, em que pese permitir ao Poder Judiciário o deferimento de pretensões positivas iniciou o debate sobre a barreira da igualdade material e do equilíbrio existente entre a reserva do possível no Estado prestacional, a fim de que não houvesse prejuízos de uns em detrimento de salvaguardar prerrogativas de outros.

Assim, com o passar dos anos, após o advento da Constituição de 1988, a perspectiva da norma como gênero do qual decorrem as regras e princípios, possibilitou que a

⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.

¹⁰ALEXY, op. cit., p. 31.

¹¹MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 10- 11.

interpretação principiológica chegasse ao que hoje denomina-se valorização dos precedentes judiciais, o que restou evidente com o advento do Código de Processo Civil de 2015¹², no qual, verifica-se por todo seu texto a necessidade de uniformização da jurisprudência dos Tribunais.

Isso se deu com o escopo de reparar uma situação de insegurança jurídica criada pela divergência de entendimentos ocorridas pela interpretação que cada juiz ou Tribunal dava a cada caso concreto no momento da análise da norma infraconstitucional ou constitucional que só foi possibilitado pelo juízo de ponderação realizado após a teoria de Alexy. Se de um lado essa ideia alargou a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, de outro, criou uma conjuntura de grande instabilidade jurídica, necessitando da implementação do sistema de precedentes a fim de respeitar o objetivo precípua de um Estado Democrático de Direito que visa além da justiça a isonomia para os seus cidadãos.

A conjuntura de instabilidade jurídica gerada pela possibilidade de interpretação da normas pelos mais diversos juízes ou Tribunais acarretou um abrupto aumento de pretensões nas esferas que em tese deveriam ser extraordinárias. De tal modo, o que se viu é que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal começaram a ser buscados por litigantes que pretendiam decisões mais “justas”, sempre que tinham uma decisão em sentido contrário a um posicionamento anterior de outro juiz ou Tribunal¹³.

Com essa crescente atuação judicial¹⁴ apreciando demandas e interpretando valores principiológicos ao caso concreto começou a se questionar se o Poder Judiciário estaria transcendendo os limites da sua função típica para atuar como verdadeiro legislador do caso em concreto, uma vez que há normas que podem ser interpretadas das mais diversas formas gerando risco de ir de encontro com o escopo original do legislador no momento da elaboração da norma.

Dessa forma, foi necessário iniciar essa valorização dos precedentes judiciais a fim de garantir decisões mais isonômicas e impor balizas para o ativismo judicial, sob pena deste afrontar o princípio da separação dos poderes, consoante já esclarecido em tópico anterior. Esclarece-se que conforme explica Fredie Didier Junior¹⁵, precedente “é a decisão judicial

¹²BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

¹³BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012.

¹⁴HASSELMANN, Gustavo. *O STF e o Mandado de Injunção – Aplicação ao direito de greve no serviço público*. Disponível em: <migalhas.com.br/dePeso/16,MI38002,61044-O+STF+e+o+Mandado+de+Injuncao+Aplicacao+ao+direito+de+greve+no>. Acesso em: 05 out. 2019.

¹⁵DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 43.

tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Tal tendência, fez com que iniciassem questionamentos acerca de se o microssistema de precedentes judiciais iria de encontro com a estrutura do *Civil Law* adotada no direito brasileiro, ou seja, se tal transformação de paradigmas acarretaria a transformação da nossa estrutura em um sistema bijuralista – sistema no qual vigem dois ordenamentos jurídicos ao mesmo tempo e harmonia o *Civil Law* e o *Common Law* -.

Contudo, tal pensamento não merece prosperar, vez que é perfeitamente possível a existência de um sistema de valorização de precedentes, dentro de uma estrutura de um país que utiliza como base o *Civil Law*, conforme ensina Elpídio Donizetti¹⁶:

No sistema do *Civil law* – adotado pelo ordenamento brasileiro –, apesar de haver preponderância das leis, também há espaço para os precedentes judiciais. A diferença é que no *Civil law*, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica semelhante. Contudo, cada vez mais, o sistema jurídico brasileiro assimila a teoria do *stare decisis* ou, em bom Português, o sistema da força obrigatória dos precedentes. À guisa de exemplo, citem-se as súmulas vinculantes, o julgamento em controle abstrato de constitucionalidade e o julgamento de recursos repetitivos. No Novo Código de Processo Civil essa vinculação, que já vinha sendo adotada por meio de reformas pontuais na legislação processual, é ainda mais expressiva.

Baseado neste ensinamento e, pautada na observância no que, de fato, consiste o pós-positivismo jurídico sob o prisma do neoconstitucionalismo, verifica-se que a utilização dos precedentes não inaugurou o bijuralismo no Brasil, pois o ordenamento jurídico brasileiro ainda se pauta unicamente no *Civil Law*, a diferença é que o Poder Judiciário, ao julgar um caso concreto, deve observar a fonte primária que é a lei, mas deve também observar a existência dos precedentes jurisprudenciais sobre a matéria apresentada em juízo, o que perfeitamente se coaduna com o ordenamento jurídico vigente, uma vez que permite a concretização da equidade nos julgamentos.

Isto se confirma quando analisada a inserção pelo legislador quando da elaboração do Código de Processo Civil de 2015¹⁷, dos artigos 926 e 927, que são os mais translúcidos exemplos deste caminhar no sentido da valorização da uniformização jurisprudencial por todo o Poder Judiciário e até mesmo por outras esferas de Poder, sobretudo quando verificado que

¹⁶DONIZETTI, Elpídio. *O novo Código de Processo Civil consolida o sistema de precedentes*. Disponível em: <www.cadernojuridico.com.br/artigo/9/O_novo_Codigo_de_Processo_Civil_consolida_o_sistema_de_precedentes>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 03.

a Lei nº 13.655/2018¹⁸ realizou recente alteração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁹ vai ao encontro da finalidade discorrida, permitindo ao Poder Executivo a efetivação de decisões equânimes aos Administrados.

Portanto, verifica-se que os precedentes judiciais foram importante auxílio para iniciar a tendência de unificação da jurisprudência, bem como, para a redução de demandas infundadas nas instâncias extraordinárias, verificando-se o escopo principal de frear o ativismo judicial ao delimitar balizas para a interpretação das normas, tendo em vista que, não se pode olvidar que a inconstância de parâmetros mínimos de diretrizes de convencimento sobre determinadas matérias acarreta extrema insegurança jurídica para os jurisdicionados e fere a equidade em que se busca nas prestações jurisdicionais. Assim, os precedentes ensejam a verificação da atividade precípua do Estado-Juiz, que é interpretar a lei para a amoldar ao caso em concreto, e não funcionar como legislador da pretensão posta em juízo.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL COMO COROLÁRIO DO ATIVISMO JUDICIAL E A INFLUÊNCIA DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NA AUTOCONTENÇÃO

Em suas lições o Professor e Ministro Luis Roberto Barroso²⁰, procura mostrar que o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional é um fenômeno político jurídico essencialmente nascido pós segunda guerra mundial, ou seja, na segunda metade do século XX, que traz novas formas de compreender, interpretar e aplicar as normas constitucionais. Tal fenômeno ocorreu com a superação do positivismo finalista – conforme já explicado em capítulo anterior-, entende-se que a fonte primária do direito é a lei, a norma posta -pelo pós positivismo, passando a entender que o direito não se resume ao que está escrito na norma posta, de onde se subtraem os conceitos de regra e princípios.

Nesse diapasão, entendeu-se que o novo direito constitucional permitiu uma atuação jurisdicional muito mais efetiva e ativa do Poder Judiciário para concretização de axiomas constitucionais. O neoconstitucionalismo e a expansão do ativismo judicial estão intimamente ligados, uma vez que essa nova possibilidade de interpretação constitucional ensejou esta

¹⁸BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 13 out. 2019.

¹⁹BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

²⁰BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 13 out. 2019

postura mais concretista do Judiciário, assim, cabe explicar a origem acerca de tal forma de decisão.

No Brasil, a adoção do neoconstitucionalismo sob o prisma em comento influenciou sobremaneira a efetivação de uma postura mais concretista do Poder Judiciário. De se observar que o ativismo teve um processo histórico de consolidação passando por diversas construções doutrinárias e jurisprudenciais para alcançar o patamar atual, contudo, desde já, deve se esclarecer que o assunto não possui ainda uniformidade de entendimento. Assim, explica Barroso²¹:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Assim, após mais de trinta anos da vigência da Constituição Federal de 1988, verifica-se que muitos direitos fundamentais ainda estão obstados, sobretudo, no que tange as normas constitucionais de eficácia limitada que até hoje não se encontram reguladas pelo poder competente, em que pese a constituição, em seu artigo 5º, §1º²² estipule que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esta inércia do poder competente gerou a crescente judicialização por parte daqueles que necessitam da tutela estatal para ver concretizados seus direitos previstos constitucionalmente pelo Poder Constituinte Originário.

Portanto, Barroso²³ entende que os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial são expressões primas, mas que não se confundem. Assim, a judicialização é um fato decorrente da inércia que acarreta a crescente procura pela tutela do Poder Judiciário. De outro lado, o ativismo é uma atitude proativa do Poder Judiciário para concretizar postulados constitucionais, ou seja, é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição expandindo o seu sentido e seu alcance. Assim, estes, são conceitos primos, mas que não se confundem.

²¹Ibid.

²²BRASIL, op. cit., nota 03.

²³BARROSO, op. cit., 2012.

Explica-se. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla, intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e dos fins constitucionais. Então, se de um lado há um jurisdicionado que pleiteia a tutela do Poder Judiciário de questão que não foi resolvida pelos Poderes Executivo e Legislativo. De outro lado, se observa uma atitude do Poder Judiciário em relação a essa omissão, então o Estado-juiz analisando aquela demanda, terá que tomar uma atitude que pode ser mais expansiva e intensa ou uma atitude mais tímida do Poder Judiciário não querendo, se imiscuir em outras esferas de poder.

Nessa linha, a partir da impetração de alguns mandados de injunção coletivos²⁴, houve uma mudança paradigmática do Supremo Tribunal Federal, passando a prolatar sentenças com perfil normativo aditivo, que conforme explica Nathalia Masson²⁵, são “decisões geradoras de efeitos que viabilizam imediatamente o exercício de direitos previstos constitucionalmente, mesmo que ainda dependentes de complementação legislativa”.

Conforme discorrido no primeiro capítulo deste artigo, o ativismo judicial sofre críticas daqueles que entendem que esse fenômeno fere o princípio da separação dos poderes, sustentando que cabe ao Poder Judiciário adotar uma postura de autocontenção, com a utilização de critérios mais rígidos e conservadores para julgar, evitando aplicar diretamente a Constituição, sob pena de se imiscuir em outras esferas de poder.

O posicionamento aqui adotado é que a omissão do dever de regulamentar direitos e liberdades constitucionais não pode obstar que o Estado-Juiz cumpra sua missão constitucional de conceder tutela jurisdicional efetiva, o que violaria o escopo de um Estado Democrático de Direito, uma vez que, um dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, é a inafastabilidade da jurisdição.

Conclui-se ainda que, havendo norma regulamentadora, esta deve ser aplicada em sua integralidade, bem como, cabendo interpretação acerca de seu respectivo diploma legal, deve ser respeitado o limite daquilo que pretendeu o Poder Legiferante na sua criação e observados as condições de políticas públicas a serem executadas pelo Poder Executivo dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, verifica-se que a criação do microssistema de precedentes vinculantes é importante passo dado em direção a autocontenção, propiciando a uniformidade das decisões, ou seja, os precedentes acarretam limitação da atuação e, por corolário, alargam a segurança

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *MI 670 ES*. Relator: Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>>. Acesso em: 13 out. 2019.

²⁵MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 511.

jurídica, tendo em vista que criam balizas a serem seguidas não só para os juízes, como para os mais diferentes Tribunais.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como escopo a análise dos conceitos de ativismo judicial e judicialização com viés crítico a fim de conduzir o leitor a um processo de reflexão acerca dos limites da atuação do Judiciário na concretização do núcleo essencial de direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 em contraposição ao princípio da separação dos poderes.

De um lado, é inerente ao Estado Democrático de Direito a previsão constitucional de uma distribuição funcional de competência do Poder – sendo este, uno e indivisível-; de outro, faz-se necessário que seja consagrados os axiomas constitucionais.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que é inerente de um Estado Social a inafastabilidade da jurisdição sendo função contramajoritária do Poder Judiciário a proteção das minorias. Portanto, havendo omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo na realização de suas funções típicas, se observou nas últimas décadas uma crescente judicialização e, por corolário, o aumento do ativismo judicial.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que a ingerência do Poder Judiciário em outras esferas de poder quando estas se omitem causando danos a direitos fundamentais – inerentes a Dignidade da Pessoa Humana -, deve ser realizado sob a ótica de uma Constituição garantista, o que, como se percebe, foi o escopo do Poder Constituinte Originário.

De outro lado, a possibilidade de um Poder se imiscuir em outro deve estar pautado em uma perspectiva acerca da existência de macrocausas e de um entendimento acerca da existência de um todo que não pode ser rechaçado unicamente com arrimo em microlides, ou seja, deve ser observado que decisões em demandas individuais podem acarretar efeitos prejudiciais em um aspecto amplo, devendo sempre ser realizado um juízo de ponderação acerca do bem jurídico tutelado e seus efeitos à coletividade.

Quanto a questão trazida à baila ao longo do segundo capítulo, demonstrou-se que a evolução do positivismo, sobretudo após a extensão interpretativa da norma como gênero da qual decorrem os princípios e as regras e esta interpretação principiológica ser analisada com fulcro na Constituição Federal a fim de concretizar o núcleo essencial dos direitos

fundamentais acarretando uma mudança de paradigma na forma de aplicar e interpretar a constituição ensejando questionamentos acerca da possibilidade de aplicação dos precedentes no Brasil, uma vez que o sistema jurídico vigente ainda hoje é o *Civil Law*.

Conclui-se neste capítulo que não há qualquer óbice ou contradição à aplicação ao microsistema de precedentes ao sistema brasileiro que, por sua vez, trouxe balizas ao Poder Judiciário a fim de se prestigiar a isonomia e a uniformização de jurisprudência, sendo, consequência do cenário jurídico-político existente atualmente.

Ficou evidente, portanto, da análise do terceiro capítulo que o neoconstitucionalismo foi um dos principais elementos desencadeadores do ativismo judicial e a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como a insegurança da população frente a tais poderes acarretou a judicialização, o que, sob uma perspectiva de Estado Social possibilitou o empoderamento do Poder Judiciário, tendo em vista seu escopo constitucional de tutela das minorias e concretização dos objetivos constitucionais.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, a perfeita aplicação do microsistema de precedentes no sistema jurídico do *Civil Law* sem que isto configure bijuralismo, bem como, que tal sistema enseja uma forma de criar balizas ao ativismo judicial, uma vez que traz parâmetros para que os julgamentos se fundem na equidade e prestigie a uniformização jurisprudencial, sendo este cerne da criação dos precedentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática. *[Syn]Thesis*. Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012.

_____. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*, [S.l]: Migalhas Jurídicas. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>; Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 13 out. 2010.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivi_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 mai. 2019.

_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cc>>

ivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 13 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347 MC/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 405 MC/RJ*, Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo869.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2, Salvador: Juspodivm, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. *O novo Código de Processo Civil consolida o sistema de precedentes*. Disponível em: <www.cadernojuridico.com.br/artigo/9/O_novo_Codigo_de_Processo_Civil_consolida_o_sistema_de_precedentes>. Acesso em: 02 set. 2018.

HASSELMANN, Gustavo. *O STF e o Mandado de Injunção – Aplicação ao direito de greve no serviço público*. Disponível em: <migalhas.com.br/dePeso/16,MI38002,61044-O+STF+e+o+Mandado+de+Injuncao+Aplicacao+ao+direito+de+greve+no>. Acesso em: 05 out. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.