III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Magno Federici Gomes; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-350-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 23 a 28 de junho de 2021, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica, mesmo durante o isolamento social. Teve como tema geral: SAÚDE: SEGURANÇA HUMANA E DEMOCRACIA.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação stricto sensu no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II, realizado em 24 de junho de 2021, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos vinte e um trabalhos, efetivamente debatidos, a partir dos seguintes eixos temáticos: DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA e, por fim, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

No primeiro bloco, denominado DEMOCRACIA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, iniciaram-se os trabalhos com AS RETOMADAS DEMOCRÁTICAS SEGUIDAS DE AUTORITARISMO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES NO ÚLTIMO SÉCULO: INCURSÕES SOBRE OS DIREITOS PREVISTOS E SUPRIMIDOS NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946, 1967 E 1988; o CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: RELAÇÃO SIMBIÓTICA DE FORTALECIMENTO; O ESTADO DE JUSTIÇA SOCIAL E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO e ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS CÂMARAS MUNICIPAIS: UM ESTUDO NOS MUNICÍPIOS QUE INTEGRAM A 244ª ZONA ELEITORAL DE MINAS GERAIS. Após, debateu-se sobre ESTADO, RESPONSABILIDADE E DEMOCRACIA: DO AMBIENTAL AO ECOLÓGICO, bem como sobre CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO ORDOLIBERAL E OS MOVIMENTOS SOCIAIS AMBIENTAIS: INTERDEPENDÊNCIAS E REPERCUSSÕES DECORRENTES DA ADOÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO CONSTITUCIONAL ORDOLIBERAL, para fechar com O PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DAS DESIGUALDADES: FRENTE À DISCRIMINAÇÃO RACIAL ESTRUTURAL.

No segundo eixo, chamado CONSTITUCIONALISMO E PANDEMIA, apresentaram-se seis artigos científicos, iniciando-se por DIREITO CONSTITUCIONAL E O INCENTIVO FISCAL NO ESTADO DO AMAZONAS-AM. Depois, discutiu-se O PODER EXECUTIVO NA CRISE. UM ESTUDO SOBRE O USO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS; MEDIDAS PROVISÓRIAS DURANTE A CRISE SANITÁRIA COVID-19 NO MARANHÃO - USO COMO ESTRATÉGIA LEGISLATIVA NA ESFERA ESTADUAL EM SITUAÇÕES DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA (2020-2021); SUPREMA CORTE DOS EUA E A PANDEMIA DE COVID-19 UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA; O FEDERALISMO DE DESCOORDENAÇÃO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 E A ADI 6341; e, FRAGMENTOS E A INSTRUMENTALIDADE JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL EM MEIO AOS DESAFIOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÂO.

No derradeiro bloco, intitulado JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, o trabalhos apresentados e debatidos foram: ANÁLISE DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NO BRASIL, A PARTIR DAS GARANTIAS DA DEMOCRACIA, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; ATIVISMO JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NA FRONTEIRA DA JURISDIÇÃO; ATIVISMO JUDICIAL NÃO É CAUSA DE ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA E SIM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL COM RISCO A SEGURANÇA JURÍDICA; O COSTUME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO ELEMENTO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL; O EFEITO VINCULANTE NA INTEPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; MODULAÇÃO DE EFEITOS REALIZADO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE PROTEGE DIREITOS FUNDAMENTAIS?; e, finalmente, O MANDADO DE INJUNÇÃO E A TRÍPLICE DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER ESTATAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à Constituição, Teoria Constitucional e Democracia, a partir de um paradigma de

sustentabilidade, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com a Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 05 de julho de 2021.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Coordenador e Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magno.gomes@academico.domhelder.edu.br

Professor Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Docente titular do PPGD da Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

paulorbr@uol.com.br

Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer

Docente titular do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

samanthameyer@uol.com.br

ATIVISMO JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NA FRONTEIRA DA JURISDIÇÃO

JUDICIAL ACTIVISM: LAW AND POLITICS AT THE BORDER OF JURISDICTION

Caio Pacca Ferraz De Camargo
Taysa Pacca Ferraz De Camargo
Sâmia Souza Carvalho

Resumo

RESUMO: A partir da constatação de ainda hoje não haver uma segura definição à expressão ativismo judicial, cunhada em 1947, analisar-se-á qual a fronteira de atuação do Judiciário, cada vez mais acusado de avançar na deliberação de temas que não seriam de sua competência, mas de outros Poderes. Identificou-se que a fronteira funcional não diz respeito aos temas, mas ao procedimento da formação da decisão judicial, não vinculada a juízos de oportunidade e conveniência, mas interpretativos de legalidade, sujeitos a provocação e conduzido no duto processual, marcado por válvulas preclusivas, que impedem o refluxo da decisão.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Separação de poderes, Direito público e constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the observation that still not existing safe definition for judicial activism, coined in 1947, it will be analyzed what is the frontier of the Judiciary, which is increasingly accused of advancing the deliberation of topics that would not be of competence, but of other Powers. It was identified that the functional frontier does not concern the themes, but the procedure for the formation of the judicial decision, not linked to judgments of opportunity and convenience, but interpretations of legality, subject to provocation and conducted in the procedural pipeline, marked by preclusive valves, that prevent the decision from reflecting

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Separation of powers, Public right, Constitutional right

1. Introdução

Este estudo abordará o conceito do ativismo judicial e o problema a ele subjacente, o da fronteira da atuação do Judiciário na atualidade. Partiu-se da premissa de que a estrita separação dos Poderes foi concebida para o Estado Liberal, originário das Revoluções Burguesas, cujo modelo começou a mostrar desajustes quando da transição desses Estado ao Estado Providência, que, ao normatizar diversos novos aspectos da vida em sociedade, inclusive políticos, acabou permitindo a cognição judicial de muitos vetores antes de difícil acesso ao Judiciário.

Dividiu-se o texto em três seções.

Na primeira parte analisar-se-á a origem do termo, em 1947, e sua tortuosa evolução conceitual, concluindo-se que, embora muito debatida tal expressão, ainda singela é sua definição científica, dividindo-se entre critérios quantitativos, pouco seguros para definir a noção de ativismo judicial, e qualitativo, cujo objeto seria definir os critérios de atuação (ou de não atuação) do juiz.

Na segunda seção, examinar-se-ão quais características marcam a fronteira das funções do Judiciário, indicando-se que o Judiciário opera por meio da jurisdição, cuja característica basilar é a inercia e a terceiridade, que garantem atuação apenas mediante provocação e colocando-se o Judiciário como terceiro ao litígio. São esses os traços

distintivos do Poder Judiciário de qualquer outro Poder político, de modo que a ele não cabe juízos de oportunidade, apenas de legalidade.

Na terceira e última parte, observa-se a inadequação da estrita separação de Poderes de modo a minguar a atuação do Judiciário diante de uma efetiva lesão ou ameaça dela a direito, a pretexto de proteção do bicentenário princípio da separação de poderes que, mostra seu esgotamento numa sociedade mais complexa como a atual, sendo desejável que prevaleça um sistema equilibrado de *checks and balances* a uma estática preservação das funções de cada um dos Poderes instituídos.

O desenvolvimento desse trabalho apoiou-se no método hipotético-dedutivo e na pesquisa bibliográfica, documental e em periódicos científicos.

2. Ativismo judicial ou ativismo conceitual?

Já não é recente a noção de que a atividade interpretativa do direito também é uma atividade dele criativa, como bem destaca Eros Roberto Grau (2016, p, 33) "[...] a interpretação do direito é constitutiva, não simplesmente declaratória. Vale dizer: não se limita – a interpretação do direito – a ser mera compreensão dos textos, da realidade e dos fatos". Tal compreensão, em muito deflui das transformações experimentadas notadamente após o segundo pós-guerra, quando naquele momento histórico sedimentou-se a transição do Estado liberal ao social, o que é vital à correta compreensão do tema.

Sem se ignorar a divergência quanto à origem mais remota da tese da separação dos poderes em Aristóteles, Políbio ou Cícero (MALDONADO, p. 1), comungamos do entendimento de que o desenho institucional da separação tripartida como hoje conhecemos é fruto do Estado Liberal concebido a partir das Revoluções Burguesas do século XVIII, com suporte na doutrina de John Locke e Montesquieu (FERREIRA FILHO, 2015).

Isso é relevante ao tema em estudo, pois no Estado Liberal:

> [...] a política social é considerada tema discricionário do legislador ordinário. A estratégia mais comum consiste no silêncio constitucional. Não sendo constitucionalizada [...] o legislador ordinário possui liberdade de atuação sem que haja possibilidade de controlar judicialmente a

> constitucionalidade de suas decisões (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 245).

Dai a percepção de um *ativismo judicial* derivar do desajuste da separação dos Poderes concebida para um Estado Liberal em relação às demandas de um Estado Providência que, nos EUA, foi implantado a partir do *New Deal*, como via de superação dos gravíssimos efeitos da Crise de 1929 e reforçado no segundo pós-guerra.

Tem-se notícia de que o termo ativismo judicial foi justamente cunhado pelo historiador político Arthur Schlesinger Júnior, em artigo na Revista Fortune, em 1947, para designar a tensão entre posturas de juízes da Suprema Corte norte-americana nos tempos do *New Deal*, em que uma ala liderada pelos juízes Douglas e Black compreendia que a Corte podia ter papel na efetivação de políticas tendentes à promoção do bem-estar social com suporte nas concepções políticas dos juízes, ao passo que uma segunda ala, capitaneada pelos juízes Jackson e Frankfurter, comungava da ideia de que a Corte deveria manter postura de auto-contenção, relegando o trato das políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo. A postura daquela primeira ala foi apelidada de ativismo judicial. Conquanto o tema tenha sido retomado pelo jurista Edward McWhinney e posteriormente por Sanford Kadish, em 1959, que o criticaram pela singeleza, insuficiente a explicar a complexidade do ato de julgar (DIMOULIS; LUNARDI, p. 460), o fato é que o termo ganhou vida e ainda hoje é recorrentemente invocado. Apenas a título de exemplo, em consulta na Base de Periódicos da CAPES, com o parâmetro de busca por assunto "ativismo judicial", encontramos, em abril de 2021, nada menos que 346 artigos acadêmicos, no interregno de 1995 a 2021.

Conquanto muito discutido, enormes ainda são as dificuldades terminológicas que o termo encerra, de modo que à expressão ativismo judicial existem "[...] duas alternativas de definição para quem não deseja utilizar o termo de maneira emocional" (DIMOULIS; LUNARDI, p. 462). Seguem Dimoulis e Lunardi (p. 462) indicando que:

> Uma primeira vertente é de cunho quantitativo. Identifica como ativistas os juízes que intervêm demasiadamente nas decisões do poderes, afetando sua separação e equilíbrio. Essa visão quantitativa não convence. Quem e como define em quais casos o juiz intervém "pouco" ou "muito"? Ainda que se estabeleça um quadro comparativo no tempo e entre países, mostrando uma atividade particularmente intensa em certo período ou país, isso não permite concluir algo sobre o "ativismo", pois o grande número de declarações de inconstitucionalidade não significa que um tribunal seja ativista. [...]

Numa segunda maneira, a definição de ativismo judicial passaria por um critério qualitativo, onde:

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

Ou seja, em termos quantitativos, falar em ativismo judicial mais parece um ativismo conceitual de um conceito, aliás, mal definido. Reflitamos, porém, com mais detença em relação à possibilidade de definição do ativismo judicial a partir de seu viés qualitativo.

3. O ativismo judicial sob a ótica qualitativa e as fronteiras do Judiciário

Fincamos a premissa que a partir do segundo pós-guerra sedimentou-se a via do Estado Social em prevalência ao modelo liberal, quando então houve inequivocamente um alargamento das funções estatais que, nessa toada, acabou por levar a uma repolitização do Judiciário:

> O crescimento do estado social ou estado do bem-estar reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência consequente. O estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Correspondentemente, os poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal.
>
> Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional

> do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza) (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18).

Muito se atribui o fenômeno do ativismo à juridicização dos mais variados temas de direitos sociais e dos vetores das políticas públicas necessárias à concreção desses direitos, notadamente pelas constituições do tipo programáticas, como, aliás, o é a Brasileira de 1988.

Mauro Cappelletti (1999, p. 18) chega a tributar a expansão da criatividade judicial na criação do direito através da sua interpretação pelos juízes ao fenômeno da explosão legislativa, denotando a lógica de que, quanto mais leis positivas, mais eventuais descumprimentos, mais dificuldades de sua aplicação, mais judicilização e mais necessidade de interpretação judicial da norma que, por conseguinte, também cria o direito, embora diverso do direito legislativo:

> [...] o próprio fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo – ocorrido tanto nos países de 'Common Law' quanto nos de 'Civil Law' –, constituí, como veremos, uma das principais causas do ulterior fenômeno da impressionante, expansão no mundo moderno também do direito judiciária, ou 'jurisprudencial' e, assim, do papel criativo dos juízes.

Assim como Cappelletti, muitos atribuem à ampliação da quantidade de lei, aí incluídas disposições constitucionais, e sobretudo o escopo fático-temático a partir do qual elas são editadas e passam a incorporar (fenômeno por muitos chamado de juridicização) como parte fundante desse processo.

Não comungamos dessa visão, pois, embora a juridicização de novos temas e questões sociais, ambientais e políticas facilite seu trato pelo Judiciário, ainda que não normatizados fossem, juridicizariam-se igualmente, não pela via legislativa, mas judicial. O Judiciário seria chamado a decidir novas realidades com suporte em velhas normas. Por isso preferimos o termo legislativização a jurisdicização.

A mudança é do paradigma fatual, a mudança é primeiro do mundo e, só depois, do direito e com essa ótica revemos a noção de ativismo judicial.

Pensar, pois, o ativismo judicial a partir de uma perspectiva qualitativa, pressupõe conhecer e esclarecer quais são os limites constitucionalmente estabelecidos à atuação do Judiciário na atualidade. Tal diretriz só nos pode ser dada pela própria Constituição. Vejamos:

O art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF/88), dispõe que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao tratar do Poder Judiciário, o Capítulo III, da CF/88, principia definindo no art. 92 seus órgãos (o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios), sem, porém, indicar expressamente, de maneira global, institucionalizada, qual é a função do Judiciário e, por conseguinte, seus limites.

Sua função vai se revelando fragmentariamente a partir da competência de cada um dos seus órgãos constitutivos, por exemplo, ao Supremo Tribunal Federal compete precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, processar e julgar, originariamente, dentre tantas outras situações descritas nos incisos do artigo 102: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República *etc*.

A enumeração adiante será meramente exemplificativa para não ficar excessivamente exaustiva, sem, porém, se perder a finalidade argumentativa de sua invocação. Isso dito, seguimos a leitura da Constituição da Republica, ao definir que ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, compete processar e julgar, originariamente, dentre outras situações previstas nos incisos desse artigo: nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos

de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal *etc*.

Aos Tribunais Regionais Federais compete, nos termos do art. 108, processar e julgar, originariamente, dentre outras situações, os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. *etc*. Aos juízes federais compete processar e julgar, nos termos do art. 109, dentre outras situações: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo *etc*.

À Justiça do Trabalho, compete, nos termos do art. 114 processar e julgar, dentre outras: as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; as ações que envolvam exercício do direito de greve; as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores *etc*.

À Justiça Militar compete, nos termos do art. 124, processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Por fim, no tocante às Justiças Estaduais, os Estados organizarão sua Justiça, nos termos do art. 125, da Constituição, observados os princípios estabelecidos na Constituição, sendo a competência dos tribunais definida na Constituição do Estado, e a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Listadas tais atribuições na Constituição resta ainda a dúvida: qual então é a função do Judiciário *in totum*? Ou antes, tem o Judiciário tal função? Eis aí seu limite?

O inciso XXXV, do art. 5º, da Carta Constitucional, ao afirmar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", parece já indicar a existência de uma função una, global a todo o Judiciário, permitindo compreender que a ele, em sua globalidade, está afeta a função de apreciar a ocorrência, ou não, da lesão ou de ameaça de lesão a direito. Mas, na verdade, não é só isso, pois, a nada serviria um Poder que só pudesse examinar e anunciar que houve, ou não, uma lesão ou ameaça dela a direito, se não pudesse restaurá-lo. Se não pudesse intervir na situação das coisas.

Logo, há de se ater com grande atenção ao vocábulo *direito* na redação do inciso XXXV, do art. 5º, da CF/88, pois o direito não se esgota na lei ainda que em sentido amplo. Não se esgota ele na norma positiva. É ele um cotejo da norma com o fato da vida para restabelecer aquilo que a norma jurídica determina. O Judiciário visto em sua totalidade, como um dos Poderes da República, está constituído para analisar o os fatos da vida perante as normas jurídicas, e nesse cotejo, valorar o efeito que tais normas ditam para tais fatos. É a isso que se costuma chamar, jurisdição. É ela, em seus limites e características, que expressa, em nossa opinião, o grande limite do Judiciário. Quem quiser encontrar um limite temático provavelmente estará fadado ao insucesso. Os limites dos Poderes hoje são muito mais no proceder do que sobre quais fatos podem ou não dizer:

> Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a 'natureza' dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito. A questão se põe, pelo contrário, em termos totalmente diversos se examinada do ponto de vista processual [...] (CAPPELLETTI, 1999, p. 26).

O grande limite da atuação jurisdicional é, pois, a impossibilidade de autoação. Esse é o sinal distintivo do Judiciário em relação ao Executivo e ao Legislativo:

> [...] o judicial processo, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional.
>
> Essas são, portanto, as características essenciais – as 'virtudes passivas' ou 'limites processuais' – que tão profundamente diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza 'política', e, ao mesmo tempo, constituem não só os limites fundamentais como também a grande e única força daquele processo. Na minha opinião, ninguém veria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores, estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias por eles reguladas, por representarem

> pessoas ou grupos, deles se fazendo defensores [...] (CAPPELLETTI, 1991, p. 76).

Essa inércia ínsita à jurisdição é, a nosso sentir, a grande antepara entre o Judiciário e a atividade política. Curiosamente, por mais basilar que seja o princípio da inércia judicial, não está ele inserto na Constituição, mas na legislação infraconstitucional, notadamente processual (art. 2º do CPC/2015 – "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei").

Embora o Judiciário não possa se afastar da realidade, seu modo de agir sobre ela é diverso, ele atua só, e somente só, quando provocado a tanto. Sua atuação se faz por juízos de legalidade, não de oportunidade. Eros Roberto Grau (2016, p. 91-92) ressalta a diferença:

> Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos.
>
> O juiz mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, não produz normas livremente. Qualquer intérprete, assim como todo juiz, estará sempre vinculado pelos textos normativos. A abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto. Eis a primeira razão pela qual nego a chamada discricionariedade judicial.
>
> Além disso, outra razão me impele a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico possa exercer certa discricionariedade. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja o juiz meramente a boca que pronuncia as palavras da lei, sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade. A discricionariedade é exercitada em campo onde se formulam juízos de oportunidade (= escolha entre indiferentes jurídicos), exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação.
>
> O que algumas vezes se tem denominado discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre tais juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente, ao passo que o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e pelos fatos.

Ademais, a jurisdição se exercita em observância às normas processuais, cujos marcos preclusivos também a distanciam qualquer juízo de oportunidade na atividade criativa da norma jurídica pelo Judiciário, cujo tempo é bastante diverso do tempo da política.

Há ainda outro elemento destacada por Humberto Theodoro Júnior (2000, pp. -158-159), o da terceiridade:

> Quando, porém, se fala em terceiridade do órgão que encarna o Estado-Juiz, o que diretamente se enfoca não é a pessoa física do agente que momentaneamente o representa, mas a instituição mesma. [...]
> Quando, pois, se afirma que o Estado-Juiz exerce a jurisdição como um terceiro perante a relação litigiosa, não se pretende apenas dizer que o juiz tem de ser imparcial. É o próprio órgão jurisdicional que se apresenta na posição de 'terceiro', completamente estranho à relação deduzida em juízo. Ainda que o Estado-Administração, como pessoa jurídica, esteja envolvido no litígio, isto não impedirá que o Estado-Juiz, como instituição, fique longe do interesse em conflito. [...] É justamente nesse sentido, que MONTESANO, destaca que, no campo da jurisdição o Estado não atua como pessoa jurídica pública ou como aparelho seu, mas como '*ordinamento nella sua oggettiva universalità*'. Donde a conclusão de RICCI de ser efetivamente exato falar-se de uma '*asoggettività dela funzione giurisdizionale*' ('impessoalidade'), entendida essa como '*sganciamento*' ('desvinvulação') de tal função de todas as outras do estado-pessoa jurídica'. E é, provavelmente por isso que o provimento jurisdicional pode, somente ele gerara a coisa julgada, fenômeno de todo estranho a todos os demais poderes do Estado.

Destarte, o que cabe ao Judiciário é julgar aquilo que lhe é provocado e como alguém externo, ainda que a demanda seja ajuizada pelo próprio Estado. Não há, pois, como falsamente a expressão ativismo judicial pode fazer parecer uma postura institucional deliberada e premeditada do Judiciário ou seus órgãos para marcar um avanço deste Poder sobre o campo de atuação de outros que não lhe seriam cabíveis. Tal afirmação, muito, pressupõe, aliás, uma noção rígida e antiga de "séparations des pouvoirs", em detrimento de um sistema dinâmico de pesos e contrapesos, mais pertinente com a realidade atual.

4. A nova hermenêutica e ativismo judicial

Nesta seção indagamo-nos se superada a noção de equiparação da interpretação jurídica ao método da subsunção e, sabendo que a Constituição expressamente prevê a possibilidade de o Judiciário realizar controles de legalidade, ou melhor, de

constitucionalidade mesmo sobre questões envolvendo políticas públicas, ainda seria correto se pensar em ativismo judicial?

Eros Roberto Grau (2016, pp. 90-91) afiança que:

> O intérprete da Constituição não se movimenta no mundo das abstrações, frequentando intimamente a constituição do povo ao qual ela corresponde, ainda que em geral o faça sem plena consciência disso. A práxis da interpretação constitucional praticada pelo Poder Judiciário ocorre no plano da realidade político-social, no qual a separação entre a dimensão textual e a dimensão normativa da Constituição desafia a generalidade das exposições hermenêutico-jurídicas ancoradas na teoria da subsunção. Ainda que afirmá-lo desafia a doutrina e escandalize nossos constitucionalistas mais bem-comportados, o fato é que a Constituição formal está sendo, enquanto norma, cotidianamente reelaborada, re-produzida. Adquire força normativa apenas na medida em que isso se dê.
> Dizendo-o de outro modo: o texto constitucional regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção na realidade histórica [Bercovici 1999: 35].

Luís Roberto Barroso (2012, p. 2) distingue a amplidão da judicialização do ativismo judicial, afirmando que:

> Judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes.

Com todas as vênias, discordamos dessa afirmação de Barroso, pois, como vimos, a existência de uma deliberada atitude no Judiciário é muito restrita, aliás, pouco ou nem sequer existe ante o princípio da inércia da jurisdição e dos marcos preclusivos que marcam o tramitar dos processos.

Na verdade, a Constituição ao atribuir ao Judiciário a função última de controle da legalidade e ao Supremo Tribunal Federal o controle supremo da constitucionalidade, na verdade, impõe aos juízes e ao Judiciário como um todo sua ideologia. Abster-se o Judiciário de agir, de suprir uma eventual falta de outro poder, desde que observada seu modo decisório Jurisdicional, seria enfraquecer a própria soberania. O Judiciário, chamado a decidir, deve fazê-lo, pois foi esta a finalidade mais elevada que a Constituição lhe atribuiu.

Ora, não pode o Judiciário ao cumprir a própria Constituição ser taxado de auto-contido ou ativista, pois o que a ele cumpre, desde que observada sua inércia e seu modo

decisório processual, é dar concreção à Constituição quando assim não o fizer quem deveria fazê-lo e com isso, ensejar lesão ou ameaça de lesão a direito.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, pp. 18-19) lembra que:

> [...] a extensa massificação social transforma a sociedade numa sociedade de consumidores, fazendo da economia um processo de produção massificada, comercialização massificada e consumo massificado e reduzindo quase todas as atividades humanas, da arte ao lazer, da ciência à cultura, a objetos de consumo, isto é, a objetos descartáveis após o uso. Desse modo transforma-se a velha concepção dos direitos subjetivos como direitos individuais, ou exigirem-se proteções coletivas – direitos coletivos – e até proteções impossível de ser individual ou coletivamente identificadas – direitos difusos. Em consequência, os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação (*class action*, ação civil pública). Alteração, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.

Vivemos novos tempos onde bicentenárias fórmulas hão de mostrar seus limites, cabendo-nos saber atualizar o que delas é possível se extrair de positivo, sem querer fazer o presente ou o passado caberem no passado.

Nesse sentido, comungamos daquilo que Cappelletti (1999, p. 54) registrou, ao cotejar a noção de estrita separação de poderes na França, com o sistema de *check and balances* norte-americano:

> Simplificando: o congresso 'controla' o executivo e o judiciário, seja porque suas leis a ambos se impõem, seja porque o consenso do senado é necessário para as despesas do executivo e nomeação dos funcionários e juízoes (ao menos a nível federal); o senado, além disso, tem o poder de 'impeachment' de funcionários e juízes. O executivo, a sua vez, 'controla' o judiciário especialmente com a nomeação dos juízes, e o legislativo com o poder presidencial de veto. O judiciário, enfim, com o seu poder de 'judicial review', 'controla' tanto as leis do congresso quanto a atividade do executivo. Daí nascem três poderes, cada um com grande força e alto grau de autonomia (confirmada, particularmente, pelo fato de que o poder executivo, 'vested' no presidente, não depende da maioria parlamentar, e os juízos, salvo 'impeachment', são de regra vitalícios), mas nenhum não-controlado. Como se viu, de forma exemplar, sob a presidência de Nixon, se um dos três poderes procura subjugar os outros, estes têm instrumentos capazes de restabelecer o equilíbrio temporariamente ameaçado.

O aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito levou ao Estado Social que já evoluiu ao Estado Ambiental de Direito (CANOTILHO 1995b *apud* NUNES JÚNIOR,

2004), como aquele para além do de Direito, é democrático, social, e ambiental, pois surgido da compreensão do papel do Estado na sociedade, diante de uma nova geração de direitos fundamentais, voltada à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da qualidade de vida sadia e à preservação do patrimônio genético.

5. Conclusão

Nota-se que apesar de a expressão ativismo judicial ser amplamente utilizada e debatida, não goza dela de uma segura delimitação científica, pois sua definição a partir de uma ótica quantitativa, pouco ou nada lhe agrega, e do ponto de vista qualitativo ainda são incertos seus critérios. O que mais relevante se pode extrair do exame dessa expressão que mesmo sem uma exata dimensão se difundiu como uma postura deliberada do Judiciário em interferir no campo de ação de outros Poderes, é que a concepção da ideia de ativismo judicial parte de uma pressuposição de estrita separação de poderes, próprio do Estado Liberal, que já a partir da passagem ao Estado Social, começou a apresentar suas deficiências.

O Judiciário, ao contrário do que o indiscriminado uso da expressão ativismo judicial pode fazer crer, não tem como adotar deliberadamente posturas ‘x’ ou ‘y’, pois a maneira como seu Poder decisório se expressa, apenas mediante provocação, lhe retira qualquer possibilidade de juízo de oportunidade. O Judiciário se expressa pela operacionalização da jurisdição, marcada pela inércia e pela terceiridade, sendo essa provocação e essa distância, a fronteira procedimental e institucional do Judiciário.

Mesmo que muito se tenha alargado o campo temas passíveis de análise judicial, ao assim fazer, o Judiciário só está a cumprir a Constituição e a lei, pois essa foi a opção expressa da Carta Política, de modo que ates de prevalecer uma estática separação de funções entre os Poderes da Republica, é preferível que haja um sistema dinâmico de freios e contrapesos.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

____. **Direito e política: a tênue fronteira ou judicialização, ativismo judicial e democracia,** 2012. Disponível em http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI156926,41046-Direito+e+politica+a+tenue+fronteira+ou+judicializacao+ativismo>. Acesso em 10 de Abr. de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 10 de Abr. de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade**. Recurso eletrônico. Disponível: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ativismo%20soltas.pdf . Acesso: 12 Abr. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista de Direito da USP** nº 21, 1994, acessível em: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21. Acesso em 10 de Abr. de 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 67-81, Abril-Junho/2015. pp. 67-81.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro**. Recurso eletrônico disponível em: https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf . Acesso em 13 Abr. 2021.

NUNES JUNIOR, Amandino T. O Estado Ambiental de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004. Disponível: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496895. Acesso em 13 Abr. 2021.

PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006. pp. 21-30.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Jurisdição e competência.** Belo Horizonte, 2000. Recurso eletrônico. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download/1167/1100. Acesso em: 12 Abr. 2021.