VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

PATRÍCIA JERÓNIMO

ALEXANDRA MARIA RODRIGUES ARAUJO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alexandra Maria Rodrigues Araujo; Enoque Feitosa Sobreira Filho; Patrícia Jerónimo – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-504-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Inspiração realista. 3. Processo Judicial. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

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

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho subordinado ao tema "Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico", inserido no VII Encontro Internacional do CONPEDI, que teve lugar nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, em Braga (Portugal), em parceria com a Universidade do Minho (UMinho), através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

Enoque Feitosa analisa criticamente o modo como a matriz liberal individualista dos direitos humanos – que marca, desde a formação inicial, os operadores do Direito – condiciona a interpretação e a aplicação que os juízes fazem das normas constitucionais em vigor, não raro com prejuízo para a plena realização daqueles direitos. É assim – observa – com a interpretação do direito de propriedade, que é feita pelos juízes brasileiros com completa desconsideração pela função social da propriedade, o que, no entender do autor, muito contribui para que a questão do acesso à terra seja um problema secular no Brasil. Da análise da prática judicial brasileira, o autor conclui que prevalece um entendimento eminentemente privatista do direito de propriedade, "que desconsidera sua interpretação a luz da Constituição" e que deve ser ultrapassado para que se possa finalmente resolver a questão agrária, indispensável a uma democracia plena no Brasil.

Germano Henrique Roewer analisa o modo como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem vindo a transmutar-se no seu papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, perante a frequente (e, não raro, deliberada) inércia do legislador. Convocando os argumentos esgrimidos pela doutrina brasileira e estrangeira sobre a tensão entre separação de poderes e ativismo judicial, o autor observa que a Constituição brasileira de 1988 dotou o poder judiciário de uma série de mecanismos processuais de controlo sobre as políticas públicas e que foi essa assunção de responsabilidade pela resposta aos anseios sociais que fez com que o poder judiciário assumisse um protagonismo mais político do que jurídico na construção das suas decisões, sem estar para isso habilitado. O autor procura encontrar limites negativos à atividade jurisdicional, de modo a que as interpretações extratexto não ofendam direitos fundamentais e não retroajam os avanços alcançados pelo Estado Social, uma preocupação motivada pela recente jurisprudência do Supremo em matéria de acesso a medicamentos.

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes discute a importância da "consideração do contexto" na interpretação da lei a partir da análise de alguns tipos penais castrenses fixados pelo Código Penal Militar brasileiro, de 1970. Ao autor interessam particularmente as "ambiguidades" decorrentes, para a aplicação do Código nos dias de hoje, do decurso de 47 anos desde a sua entrada em vigor; ambiguidades que, segundo o autor, são potenciadas pelo facto de o Direito fazer uso de uma linguagem natural, comum a todos os membros da sociedade. Alertando para os riscos associados a um literalismo positivista por parte dos juízes, o autor defende uma "interpretação extensiva" – também dita atualista – do Código Penal Militar, em que o intérprete atente nos princípios vigentes e na realidade social existente ao tempo da aplicação das normas. Partindo da obra de Ronald Dworkin e de José Juan Moreso, o autor analisa alguns casos que podem gerar ambiguidades na aplicação do Código Penal Militar nos dias de hoje, como o ingresso clandestino, o ato libidinoso e o fruto praticado durante a noite.

Carla Maria Peixoto Pereira e Jean Carlos Dias discutem os entendimentos distintos de Herbert Hart e Joseph Raz sobre a "regra de reconhecimento" – fundamento da autoridade do sistema jurídico, para o primeiro, e critério de pertinência de identidade do sistema jurídico, para o segundo. Partindo do conceito de sistema jurídico, os autores apresentam o pensamento de Hart e de Raz na sua evolução ao longo do tempo. Apesar de sublinharem o inestimável contributo teórico de Hart para a Teoria do Direito, os autores reconhecem que a teoria hartiana é inaplicável aos Estados de Direito do século XXI, questão esta que - o enriquecedor debate propiciado no Grupo de Trabalho – pode (e deve) implicar em aprofundamentos futuros por parte dos autores do artigo em tela.

Matheus Meott Silvestre e Carina de Castro Quirino partem da constatação de que todos os direitos fundamentais têm custos para os cofres públicos para discutirem as implicações práticas da evolução verificada no Direito Constitucional brasileiro no sentido de alargar o rol de direitos consagrados na Constituição através da defesa da normatividade dos princípios e do papel do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Segundo os autores, estes desenvolvimentos – especialmente notórios no que vem a designar-se por "judicialização da saúde" – têm constrangido o Estado a arcar com custos elevados e obrigações "desarrazoadas". Entre as metateorias da decisão judicial, os autores preferem o pragmatismo jurídico (com as suas dimensões do consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo), por oposição à visão principiológica e garantista da decisão, já que aquele é uma "visão mais atenta às consequências das decisões judiciais" e, por isso, mais adequada ao exercício da função judicial em tempos de crise económica.

Já Celso Luiz Braga de Castro e Flora Augusta Varela Aranha partem da observação de que o conceito de sanção continua a ser prevalecente na teoria da norma, mau grado todos esforços no sentido de repensar o positivismo jurídico, para discutirem qual a função social do caráter punitivo da sanção para a teoria da norma jurídica na atualidade, em vista do reconhecido papel das sanções premiais, e qual a influência que a teoria dos sistemas poderá ter sobre a releitura da sanção no estudo do Direito, o que – como evidenciaram – implicou e implica em uma nova e diferenciada abordagem do problema.

Matheus Pelegrino da Silva discute as críticas feitas por Luhmann à teoria do Direito de Kelsen, concluindo que estas críticas não são válidas, já que têm subjacente a rejeição da natureza normativa do Direito e – segundo o autor – não é possível elaborar uma apresentação teórica do Direito sem que se observe a normatividade enquanto característica essencial do Direito, ainda mais como instrumento garantidor de uma sociabilidade jurídica de carater democrático, o que se evidenciaria de per si no Direito moderno, dogmaticamente organizado.

Rafael Lazzarotto Simioni e João Paulo Salles Pinto analisam as propostas decisionistas da obra de Carl Schmitt à luz do seu contexto histórico-político, chamando a atenção para o facto de estas terem representado, ao tempo, uma das críticas mais contundentes ao positivismo jurídico então ascendente. Ao criticar a redução do Direito à lei, Schmitt havia chamado a atenção para a contingência da realidade empírica, o que, juntamente com o seu conceito de soberano como aquele que decide em situação de exceção, passou a estribar a sua construção teórica. Segundo os autores, apesar de terem sido para o contexto específico da crítica contra o positivismo na Alemanha de Weimar, as visões schmittianas de soberano e contingência podem servir de referencial teórico para explicitar ecos de decisionismo (baseados, sobretudo, na ideia de exceção) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o que ilustram através da análise de várias decisões recentes.

Diego de Paiva Vasconcelos discute a construção concetual apresentada como nova modalidade de tutela dos direitos fundamentais e de controlo da constitucionalidade – o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) –, analisando a sua evolução, os termos em tem vindo a ser apresentada e o modo como encaminha o Direito em direção a outros sistemas e abordagens no que concerne ao trato dessa problemática central que é aquela que se refere a uma das questões mais relevantes de uma sociedade democrática, qual seja o controle democrático e popular da vivência social sob a égide do Estado de Direito.

A fase conclusiva das apresentações do Grupo de Trabalho foi deixada aberta à avaliação dos participantes, os quais destacaram a relevância científica das produções apresentadas ao

Encontro e o enriquecedor debate e contribuições acadêmicas havidas no âmbito da relevante atividade intelectual desenvolvida no Grupo de Trabalho por professores, estudantes e pesquisadores presentes, oriundos de instituições brasileiras e estrangeiras da maior relevância, no centro sediado na Universidade do Minho.

Prof.ª Doutora Patrícia Jerónimo – UMinho

Prof. Doutor Enoque Feitosa Sobreira Filho – UFPB

Doutora Alexandra Rodrigues Araújo – UMinho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES NEGATIVOS AO ATIVISMO JUDICIAL E À MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

FUNDAMENTAL RIGHTS: LIMITS NEGATIVE TO JUDICIAL ACTIVISM AND JURISPRUDENTIAL MUTATION

Germano Henrique Roewer

Resumo

O estudo busca conceituar a teoria ativista através de suas decisões manipulativas que extrapolam a interpretação textual das normas constitucionais, além de demonstra a hipertrofia do Poder Judiciário como resultado da inércia dos demais poderes que compõe o Estado Democrático de Direito. Como resultado das ponderações interpretativas, baseadas em determinados momentos politicos-judiciais, nasce o caráter mutacional da interpretação dos direitos fundamentais, as quais devem obedecer limites negativos quando delas extraírem limitações a efetivação de direitos, proibindo o retrocesso nos avanços do estado social no acolhimento de políticas que satisfaçam a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Hipertrofia do poder judiciário, Mutação jurisprudencial, Limites negativos à interpretação

Abstract/Resumen/Résumé

The study seeks to conceptualize the activist theory through its manipulative decisions that extrapolate the textual interpretation of the constitutional norms, besides demonstrating the hypertrophy of the Judiciary as a result of the inertia of the other powers that compose the Democratic state. As a result of the interpretative weights, based on certain political-judicial moments, the mutational nature of the interpretation of fundamental rights arises, which must obey negative limits when they extract limitations to the realization of rights, prohibiting the retreat in of the social state in the reception of policies that satisfy the dignity of the human person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Hypertrophy of the judiciary, Jurisprudential mutation, Negative limits to interpretation

INTRODUÇÃO

A adoção da teoria da separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu (1996, p. 166), prevê a autonomia dos Poderes como um pressuposto de validade para o Estado Democrático. A ideia de que o poder deve ser controlado pelo próprio poder pressupõe que as atitudes dos atores envolvidos no palco de decisões sejam interligadas, com uma clara divisão nas competências de cada um deles, e uma interdependência que garanta uma gestão compartilhada e homogênea.

Dessa forma, as ações do Executivo, Legislativo e do Judiciário devem ser, em tese, autônomas e complementares. O obstáculo à atuação legítima de qualquer um dos entes deve pressupor um abuso de seu poder institucional, seja pela ação ou omissão, sendo válido aos demais, portanto, a interferência para buscar um retorno ao status quo ante.

Entretanto, em decorrência de fatores obstacularizadores internos, mais especificamente os que atingem o Poder Legislativo, que impedem matérias importantes, muitas delas ligadas à satisfação de direitos fundamentais, outras de interesse público geral, deixam de ser apreciadas e com isso trazem prejuízos irreparáveis aos destinatários da norma e ao próprio Estado, o qual é balizado pelo princípio da legalidade. Faz com que outros poderes expandam a sua competência como forma de compensar a paralisia, atendendo a teoria dos freios e contrapesos, como no caso do Poder Executivo - através da edição das Medidas Provisórias - e o Poder Judiciário - através das interpretações e aplicações da norma no caso concreto (controle difuso) ou em abstrato (controle concentrado) de constitucionalidade.

Em especial o Poder Judiciário, mais especificamente a Corte Constitucional, com o passar dos anos vem assumindo cada vez mais um papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, através de decisões prestacionais, muitas delas classificadas pela doutrina como ativistas (excedendo os limites dos textos constitucionais) e com isso invadindo a competência de outros poderes, causando uma hipertrofia na sua competência.

Destas decisões, algumas mutacionais, buscamos encontrar limites negativos à atividade jurisdicional, de modo que as interpretações extratexto não ofendam direitos fundamentais e não retroajam os avanços alcançados pelo estado social.

1- ATIVISMO JUDICIAL E AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS.

O ativismo judicial é tema corrente e há muito vem sendo debatido, despertando

altivo interesse e polêmicas. Menciona-se que desde 1921, Édouard Lambert já alertava para os perigos de uma atuação judicial que extravasava os limites da respectiva função tal como fora tradicionalmente concebida. Mais adiante, em 1947, Arthur Schlesinger Jr. utilizou a expressão ativismo judicial ao analisar os atos dos juízes da Suprema Corte norte-americana. Entendia que uns eram ativistas, outros autocontidos, e os demais eram tidos como moderados. Por isso, pode-se afirmar que há uma ligação direta quanto à origem do ativismo judicial e a história dos Estados Unidos da América, por meio de sua Suprema Corte (FARIAS, 2014. p. 127).

Luís Roberto Barroso (2010; p. 09) resume o ativismo :

> "Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...)Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes."

O Supremo Tribunal Federal, assim como outros tribunais constitucionais pelo mundo, tem atribuição de verificar se as disposições estabelecidas pelas autoridades infraconstitucionais, principalmente o Poder Legislativo, estão de acordo com a Constituição. Contudo, na solução das lides que lhe são impostas, a Corte tem a opção de limitar-se apenas a uma interpretação restritiva dos direitos fundamentais, adotando uma postura de cunho jurisdicional, não enfrentando questões polêmicas com repercussão social, ou optando por uma atitude mais ampliativa da sua análise, partindo para interpretações de cunho político-constitucional, como meio de alcançar a resposta para os fatos não acobertados pelas instituições representativas, democraticamente eleitas para exprimir a vontade da maioria, e que não cumprem com sua finalidade de forma satisfatória (QUEIROS, 2008, p. 174).

Esta omissão estatal pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso a respeito de certo tema, postergando as deliberações. Por outro lado, essa inércia pode configurar uma estratégia para evitar uma tomada de decisão sobre um assunto bastante sensível. Neste caso, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial (LEITE, 2014, p. 10 – 31).

Neste sentido, Deilton Ribeiro Brasil (2014, p. 40), parafraseando Antonie Garapon, refere que "não foi o juiz que se tornou um novo ator político, mas sim os homens políticos que se tornaram novos judiciáveis", fazendo da justiça o palco para a exigibilidade dos direitos democráticos conferidos pela Constituição, obrigando os legisladores a cumprirem as promessas legislativas.

Agindo desta forma o juiz, além de satisfazer a capacidade de interpelação dos governantes pelos cidadãos, atua na revitalização do texto da Constituição e torna-se um colegislador (GARAPON, 1998, p. 38, *apud,* BRASIL, 2014, p. 41), afastando as omissões que por ventura prejudiquem o exercício da cidadania.

Esta omissão Estatal pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso a respeito de certo tema, postergando as deliberações. Por outro lado, essa inércia pode configurar uma estratégia para evitar uma tomada de decisão sobre um assunto bastante sensível. Neste caso, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial (LEITE, 2014, p. 10 – 31).

Há que se diferenciar, como o Supremo Tribunal Federal já o fez no julgamento dos recursos extraordinários RE135637/DF[1] e RE 130552/SP[2], a "lacuna da lei" e o "silêncio eloquente" do legislador.

No voto do Ministro Moreira Alves no RE135637/DF, afirma que "só se aplica a analogia, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam "silêncio eloquente" (*beredtes schweigen),* que é o silêncio que traduz a hipótese contemplada que é a única a se aplicar no preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia".

Outra questão que merece reconhecimento está na "qualidade democrática da

---

[1] Ementa: Conflito de competência. Litigio entre sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento de contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do artigo 114 da Constituição Federal . - Dinstinção entre lacuna da lei e "silencio eloquente" desta . - Ao não se referir o artigo 114 da Constituição , em sua parte final, aos litigios que tenham origem em convenções ou acordos coletivos, utilizou-se ele do "silencio eloquente", pois essa hipótese ja estava alcancada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar a lei ordinaria estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controversias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequencia, e não havendo lei que atribua competência a Justiça Trabalhista para julgar relações juridicas como a sob exame, e competente para julga-la a Justiça Comum. Recurso extraordinário conhecido e provido.

[2] Ementa: conflito de competência. Litigio entre sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento da contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do artigo 114 da constituição federal . - distinção entre lacuna da lei e "silencio eloquente" desta. -ao não se referir o artigo 114 da constituição , em sua parte final, aos litigios que tenham origem em convenção ou acordos coletivos, utilizou-se ele do "silencio eloquente", pois essa hipótese já estava alcancada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar a lei ordinaria estender, ou não, a competência da justiça do trabalho a outras controversias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequencia, e não havendo lei que atribua competência a justiça trabalhista para julgar relações juridicas como a sob exame, e competente para julga-la a justiça comum. Recurso extraordinário conhecido e provido.

deliberação parlamentar", que nas palavras de Cláudio Ari Mello (2004, p. 298) assim se destaca:

> Quanto mais amplo, aberto, racional e público for o debate que preceder a edição das leis, maior deve ser a deferência judicial às escolhas do legislador. Assim, leis recentes e amplamente discutidas no parlamento e na sociedade podem gozar de uma *presunção de constitucionalidade moderada,* inclusive quando se tratar de lei que regula ou restringe direitos fundamentais.

Deste modo, ao interpretar positivando, o poder judiciário ingressa na esfera do poder legislativo que é o detentor da prerrogativa, principalmente nos casos que exigem lei complementar e que dependem de *quorum* qualificado, de acordo com o artigo 59, inciso II, da Constituição Federal, através da sua maioria absoluta.

Nesta mesma linha de raciocínio, Vinicius M. Lima (2016, p.91) dispõe que:

> [..]"a delegação de questões políticas controvertidas ao Judiciário também pode ser adotada para transferir responsabilidade dos atores políticos, mediante uma espécie de "redimensionamento da culpa", a fim de evitar dilemas complexos ou colapsos de coalizões de governo. Essa tendência de ampla judicialização da megapolítica, além de impor um sério desafio ao princípio da separação de poderes, marca a transição para a "juristocracia", ou seja, o "governo com juízes".

Segundo Neal Tate (1995, p.32), vários órgãos legislativos estaduais norte-americanos certamente preferem deixar as políticas sobre questões polêmicas, tal como o aborto, nas mãos do Poder Judiciário, evitando críticas da opinião pública e criando uma delegação intencional (*willful delegation*).

Entretanto, repassar a delegação legislativa ao Poder Judiciário somente ampliará a colisão de direitos fundamentais, principalmente pela sua interpretação principiológica e expansiva, pressionando o sacrifício dos direitos fundamentais em favor da realização dos fins coletivos, caindo o muro de fogo (*Brandmauer*) e resultando no seu enfraquecimento (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 294).

Glauco Salomão Leite (2014, p. 03) esclarece que a simples omissão do legislador não é a causa do ativismo realizado pela Corte Constitucional, mas sim a confluência de determinados elementos institucionais, políticos e/ou culturais, e muitas vezes são respostas para esses estímulos, encontrando um ambiente favorável à expansão dos poderes decisórios. Logo, além dos canais de acesso à Corte constitucional, este deve ter a isenção de responder sem constrangimentos externos.

Por estas razões, a Constituição Federal de 1988, através do constituinte

originário, instrumentalizou o Poder Judiciário com uma série de mecanismos processuais de controle sobre as políticas públicas, tais como, as ações civis públicas, ações populares, ações diretas para o controle de constitucionalidade, mandado de injunção, entre outros (BAEZ; MOZETIC, 2014, p. 48-65).

Essa assunção de responsabilidade, de dar a resposta para todos os anseios sociais ante a letargia do poder específico, faz com que o Poder Judiciário assuma um protagonismo mais político do que jurídico na construção de decisões, sem que tenha sido previamente preparado para assumir esta posição, dificultando o ajuste entre o caráter coadjuvante na solução das demandas sociais (neutralidade/imparcialidade), passando para um papel de protagonismo político, fazendo com que suas decisões passem a ser imprevisíveis (BAJER, 2000, p. 240-258).

Outrossim, o mero deslocamento do poder decisório para os Tribunais não implica, necessariamente, em uma resposta a contento. Diante da natureza da questão a ser resolvida, o ativismo judicial poderá enfrentar caminhos tortuosos que colocarão em evidência a sua real capacidade para compor muitos dos problemas de uma sociedade complexa.

No mesmo sentido, estas decisões tomadas por interpretação da lei, não alcançando o seu sentido literal, mas atribuindo valor não contido na norma ou mesmo excedendo, são consideradas decisões manipulativas.

Nas lições de Leo Brust (2009. p. 509), conceitua-se a diferença entre sentença de interpretação conforme e a manipulativa da seguinte forma:

> Na interpretação conforme a Constituição "propriamente dita" o julgador escolhe entre interpretações alternativas existentes no conteúdo normativo do preceito legal e preserva o seu texto. Por isso, e só por isso, ela pode produzir tanto sentenças de constitucionalidade como as de inconstitucionalidade.
> A sentença manipulativa, tem como ponto de partida a interpretação conforme, mas tomando-a num sentido mais amplo (*lato sensu*), o julgador tem condições de ir muito mais além e produzir sentenças que afetam o próprio conteúdo normativo complexo do preceito, reduzindo-o, aumentando-o e, até mesmo, substituindo-o. Essa possibilidade levou os italianos a chamá-las de manipulativas.

De todos os modos, uma coisa é certa (BRUST. 2009. P. 515):

> Com a interpretação conforme a Constituição tomada em seu sentido estrito ou originário, o Tribunal não adiciona sentido ao texto legal. Limita-se a escolher as opções constitucionais entre as interpretações alternativas emergentes do texto legal, dando origem à sentença interpretativa de improcedência (no Brasil, de constitucionalidade). Quando o Tribunal, com base na Constituição, adiciona sentido ao texto legal (ou o reduz ou

> substitui) está em realidade ditando uma sentença manipulativa. Essa sentença também parte da interpretação conforme (lato sensu), mas vai mais além, porque modifica o próprio conteúdo normativo complexo do preceito. E isso pode se refletir, eventualmente, numa indevida invasão da competência de outro órgão de soberania, mais especificamente, do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, Llorente (1997, p. 491) assevera que a sentença manipulativa "pode ser aplaudida por quem vê nela a única via razoavelmente rápida para acomodar aos valores constitucionais ordenamentos inspirados em princípios bem distintos, mas violenta ao máximo o sistema de divisão de poderes, que é o fundamento mesmo de toda a arquitetura constitucional".

2- A HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO E A CRISE ENTRE OS PODERES

A Constituição Federal de 1988, quando de sua promulgação, trouxe um vasto rol de direitos fundamentais e de instrumentos processuais de garantias de efetivação de proteção destes direitos, não apenas visando a proteção individual e das liberdades públicas, mas assegurando diversos direitos sociais, econômicos e culturais, além dos direitos difusos e coletivos. Ainda, incorporando vários direitos prestacionais e metas de programas a serem implementados pelo estado, assumindo o modelo de constituição dirigente, não se limitando a apenas um *não fazer* estatal, típico do modelo liberal (LEITE, p. 17, 2014).

Em conformidade com a conceituação de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.23) a Constituição dirigente tem a característica de transformação da realidade social, não se satisfazendo com a estagnação. Por esta razão os direitos fundamentais reclamam um dever de agir positivo aos órgãos estatais responsáveis pela execução das políticas públicas, em todas suas esferas.

No caso do Poder Judiciário não foi diferente, com a redemocratização do país, com o incremento dos meios difusos e coletivos para o controle de constitucionalidade e ante a inércia do Poder Legislativo para regulamentar questões sensíveis ao interesse social e à efetivação dos direitos fundamentais, provocou-se um significativo aumento de demandas, chamando o judiciário a assumir um papel não apenas técnico-jurídico, mas também político, permeado pelos anseios coletivos, principalmente no que se refere as políticas públicas.

Conforme Luis Roberto Barroso (2012, p. 367-368), o fenômeno da judicialização se deu por diversos motivos, dentre eles está o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como integrante essencial da moderna democracia. O segundo está na desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e funcionalidade,

fazendo por vezes que se prefira que certos temas sejam apreciados pelo judiciário.

Inegável que esta efetiva transferência de atribuição reflete o enfraquecimento do Poder Legislativo, uma vez que não tem conseguido encontrar soluções políticas capazes de se sustentarem, por ausência de fundamento racional de aceitação, deslocando as tensões sociais em direção do Poder Judiciário, o qual se vê impelido a implementar soluções político-constitucionais que extrapolam a atuação meramente jurisdicional (BAEZ; MOZETIC, 2014, p.53).

Este "excesso" é defendido por Ingo Sarlet (2005, p. 351), referindo que o papel da jurisdição constitucional ultrapassa o mero controle de proteção das pessoas contra os abusos do estado (controle negativo ou limitador), mas também inclui uma atuação positiva no sentido de conferir maior efetividade e eficácia possível às normas de direitos fundamentais, utilizando como instrumento a integração.

Por outro lado, Habermas (2003, p.233) afirma que não é possível esta forma de ingerência, pois as questões polêmicas, pela sua própria complexidade e pelo conteúdo moral e ético que possuem, deveriam passar por um debate amplo, onde houvesse a participação popular sobre o assunto. A judicialização de questões complexas e com reflexos sociais acabam por impedir o exercício da democracia da população, que não tem a oportunidade de opinar.

Em sentido oposto, Lênio Streck (2006, p. 128) acolhe a possibilidade da utilização da jurisdição constitucional para a efetivação de direitos fundamentas, inclusive aqueles destinados a políticas públicas. Entretanto, não está a defender a substituição daqueles legitimamente eleitos para tomarem decisões políticas pelos magistrados. Ao contrário, aduz que nenhum intérprete está autorizado a realizar interpretações discricionárias, pois neste caso não haveria a necessidade de leis.

Todavia, a realidade brasileira denota uma parca densidade de atendimento das políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais diante da ingerência dos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, Dworkin (2003, p.23) refere que esta baixa efetividade não autoriza o poder judiciário a conferir sentido arbitrário aos textos legais, de forma decisionista, pois o magistrado deve limitar-se ao texto que a norma estabelece e não aquela que se apresente como a melhor decisão.

3- A MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo “mutação constitucional”, segundo Wellington Márcio Kublisckas (2009, p. 70), foi usado primeiramente por Paul Laband, no livro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, de 1895, que a após fazer um aprofundamento sobre o tema, chegou a seguinte conceituação:

> Assim, com fundamento no conceito restrito atualmente aceito em larga escala na doutrina, é possível definir a mutação constitucional como sendo o fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio da interpretação constitucional e/ou da integração pelos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo programa normativo, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco o seu espírito.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2014, p.61), mutação constitucional “consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado”. Como a estrutura do Supremo não é perene, a posse e a substituição de ministros com ideias e valores diversos acarretam, também, o “novo entendimento do Supremo”.

Merece destaque, igualmente, o conceito trazido por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 10-11):

> Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. [...] Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior. [...] Em resumo, a mutação constitucional, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

Da mesma forma, aponte-se a concepção de J. J. Gomes Canotilho (1995, p. 231) acerca do problema das transições ou mutações constitucionais: “considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.

A exemplo prático em que o Supremo Tribunal Federal realizou modificações mutacionais na interpretação das normas Constitucionais, podem ser citados (KUBLISCKAS,2009, p. 251/261):

> - **Mutação constitucional e direitos fundamentais:** a) HC nº 82.424/RS e a definição do alcance do termo "racismo" (art. 5º, XLII); b) HC nº 82.959-7/SP e a progressão de pena nos crimes hediondos (art. 5º, XLVI); c) RE nº 251.445/GO e a abrangência do termo "casa" (art. 5º, XI); d) HC nº 74.051-3/SC e a proteção do estrangeiro não residente no Brasil (art. 5º, caput);
>
> - **Mutação constitucional e princípio federativo:** a) ADIN nº 276/AL e a adoção das regras do processo legislativo da União pelos Estados-membros (art. 11 do ADCT); b) ADIN nº 1.704/MT, ADIN nº 3.323/DF e o art. 22, XI, da Constituição Federal; c) ADIN nº 2.948/MT e a competência para legislar sobre bingos (art. 22, XX); d) ADIN nº 3.035 MC/PR e a competência sobre produtos geneticamente modificados (art. 22, I, VII, X e XI, e art. 24, I e VI); e) alcance das competências municipais – "assuntos de interesse local" (art. 30, I): AI nº 622.403-AgR e RE nº 182.976 – que reafirmaram que o Município é competente para regular o horário do comércio local; RE nº 397.094 – que fixou que o Município detém competência para impor limites ao tempo de espera em fila dos usuários dos serviços prestados pelos cartórios; ADIN nº 1842/RJ e ADIN nº 2077/BA – referente à definição da competência para saneamento básico, como a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em regiões metropolitanas;
>
> - **Mutação constitucional e regras do processo democrático:** Nesse ponto, o STF tem promovido uma reforma política informal, ao definir, independentemente da atuação do Parlamento, algumas regras importantes ao funcionamento do jogo democrático:a) RE nº 197.917-8/SP e a fixação proporcional do número de vereadores (art. 29, IV); b) MS 26.603-1/DF e a fidelidade partidária (art. 17, § 1º);

Note-se que a mutação constitucional está intimamente ligada às alterações sociais, como forma de manutenção da atualidade, validade e eficácia das normas constitucionais, sem que para isso dependa de emendas frequentes, validando a característica de rigidez. Em contrapartida diminui a segurança jurídica de suas decisões e afasta o necessário debate com a sociedade.

4- LIMITES NEGATIVOS NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA CORTE CONSTITUCIONAL: PROIBIÇÃO AO RETROCESSO

Admite-se que a mutação constitucional encontra limitações na própria normatividade da Constituição (BULOS, 1997, p. 89): "Entende que uma mudança de

significado na norma constitucional encontra-se adstrita à normalidade dos fatos, a qual não pode renegar por completo a normatividade, pois ambos os elementos estão coordenados entre si, formando a tensão entre o *sein* (ser) e o *soler* (dever ser)" . E continua:

> Ao prospectar que a mutação constitucional encontra seu limite na própria normatividade da Constituição, Heller utilizou um pensamento genérico e difícil de precisar, sem pontos de apoio que permitam uma concretização do problema. Estamos que é impossível estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional. Isso porque uma Constituição é um organismo vivo, em cujo esteio se encontra a autoconsciência de um povo, assentado em uma base territorial definida e submetido a um governo soberano, numa determinada época histórica, sujeita a fatores sociais cambiantes. Como a doutrina das mutações constitucionais é o reflexo, teórico e prático, desses fatores sociais cambiantes, ela se produz quando a normatividade constitucional se modifica pelo influxo de acontecimentos que não afetam a sua forma, porém transmutam seu conteúdo. Conseguintemente, o fenômeno é involuntário e intencional, como disseram Laband e Jellinek, e, destarte, não se pode imprimir-lhe uma exatidão, a ponto de prever-se a unanimidade dos casos de mutação constitucional que a experiência possa apresentar. Diversamente da reforma constitucional, a mudança difusa da Lei maior não segue limites previstos pelo legislador, nem tampouco formas expressas e sacramentadas. Surge espontaneamente, de modo sub-reptício, sem previsões de quando irá ocorrer. (BULOS, 1997, p. 89/90).

No mesmo sentido, Jorge Reis Novais (2010, p.307) faz referência ao princípio da proibição do deficit ou proibição da prestação insuficiente, ambos decorrentes do princídio da proibição do excesso, trazendo uma dimensão negativa dos direitos fundamentais.

O autor segue afirmando que a associação ao princípio da dignidade da pessoa humana, "a realização do *mínimo social* não fica dependente de razões de separação de poderes". Vinculados estão todos os poderes do Estado, à observância das exigências negativas e positivas deste princípio, enquanto princípio supremo em que assenta toda estrutura do Estado constitucional de Direito, não havendo competências exclusivas e nem prerrogativas de avaliação por parte do legislador (NOVAS, 2010, p. 309).

Ingo Sarlet (2006, p. 443), destacando Gomes Canotilho, afirma que os direitos fundamentais, na condição de conquistas sociais, após a sua concretização em nível infraconstitucional, assumem, simultaneamente a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na plena esfera de disponibilidade do legislador, de modo que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração ao princípio da proteção da confiança, deduzido do princípio do Estado de Direito.

Este modelo protecionista contra o retrocesso encontrou guarida no Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 39, de 1984), que declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saude, sob a justificativa de que o legislador atentava contra o direito fundamental à saúde. No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade da exclusão, através de lei, das pessoas com idade entre 18 e 25 do benefício do rendimento mínimo de inserção, que contemplava esta faixa etária, sob o argumento de que havia direito adquirido (SARLET, 2006, p. 443).

Note-se que nos dois casos referidos, tanto a exclusão total (Lei do Serviço Nacional de Saude), como a exclusão parcial (faixa etária de 18 e 25 do benefício do rendimento mínimo), foram objetos de declaração de inconstitucionalidade com base na proibição do retrocesso. Logo, a proibição aplicada ao Poder Legislativo na elaboração da lei, ao Poder Executivo na satisfação dos direitos fundamentas, também se aplica ao Poder Judiciário na interpretação do direto, no caso concreto ou abstrato, como um limitador negativo a mutação e ao próprio ativismo.

Um bom exemplo de mutação constitucional negativo, decorrente do ativismo judicial, diz respeito à interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto ao fornecimento de medicamentos especiais de alto custos.

O posicionamento corrente da corte constitucional brasileira, até o momento, segue no sentido da responsabilidade objetiva entre os entes federativos no fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes[3]. Todavia, encontra-se em fase de julgamento no STF os Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, que tiveram repercussão geral reconhecida, tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

No caso do RE 566471, o Estado do Rio Grande do Norte se recusou a fornecer medicamento para uma senhora idosa e carente, alegando que o alto custo e a ausência de previsão no programa estatal de dispensação de medicamentos seriam motivos suficientes

[3] EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793). 2. Agravo a que se nega provimento. (RE 892590 AgR-segundo / RN - RIO GRANDE DO NORTE SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 16/09/2016, Órgão Julgador: Primeira Turma)

para recusa. A sentença de primeiro grau determinou a obrigação do fornecimento, decisão que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça estadual.

Autor do recurso contra a decisão do TJ-RN, o procurador do Rio Grande do Norte disse que é preciso dar a máxima efetividade ao princípio da eficiência. Ele explicou que os medicamentos de alto custo têm uma política pública definida pelo Ministério da Saúde, que estabelece a relação de medicamentos a serem disponibilizados aos usuários. Essa relação contempla vários fármacos, dividindo-os por competências da União, de estados e de municípios. É essa divisão, segundo o procurador, que não vem sendo respeitada. Assim, o cidadão que precisa de um remédio que é de competência da União pode demandar o município, que pode ser obrigado a fornecer o medicamento, desorganizando as finanças do ente federado.

Falando como terceiro interessado no RE 566471, o Procurador do Estado do Rio Grande do Sul também se manifestou pelo provimento do recurso. Ele sustentou que uma decisão do STF no sentido do desprovimento do recurso pode inviabilizar o SUS. O mesmo posicionamento foi defendido pelo representante do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do DF, para quem a preocupação no caso não se limita à esfera financeira, envolvendo também questões como segurança e saúde pública. Ambos defenderam a tese de que a atuação jurisdicional envolva apenas medicamentos registrados na Anvisa.

O ministro Marco Aurélio[4] disse, em seu voto, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido por políticas sociais e econômicas. Ele frisou que o acesso à saúde é um bem vinculado à dignidade do homem, e que o direito ao mínimo existencial é um direito fundamental do cidadão, estando ligado a condições mínimas de dignidade.

Objeções de cunho administrativo não podem subsistir ante a existência de violação ao mínimo existencial. Argumentos genéricos não possuem sentido prático em face de inequívoca transgressão a direitos fundamentais. Não se trata de defender interferência judicial em políticas públicas, mas de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações não alcançadas por essas políticas públicas, afirmou o relator.

Para o ministro, a judicialização, nos casos em que verificada transgressão ao mínimo existencial, é plenamente justificada, independentemente da existência de reserva orçamentária. O relator verificou que o STF, há muitos anos, vem assegurando acesso a medicamentos para os mais necessitados.

---

[4] Notícia disponibilizada no *site* do Supremo Tribunal Federal, em 28 de setembro de 2016, acesso: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>

O ministro apontou dois critérios para que o Judiciário possa concretizar o direito à saúde: a imprescindibilidade do medicamento para o paciente e a incapacidade financeira para sua aquisição, do beneficiário do fármaco e de sua família, responsável solidária.

A tese apresentada pelo ministro Marco Aurélio diz que **"o reconhecimento do direito individual ao fornecimento pelo Estado de medicamento de alto custo não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade, adequação e necessidade, e da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil." (grifei)**

Analisando o art. 196 da Constituição Federal, objeto do controle de constitucionalidade que deu origem aos Recursos Extraordinários, assim dispõe: "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Note-se que em nenhum momento o texto constitucional faz referência a limitações ou mesmo deixa lacunas entreabertas que permitam a interpretação restritiva, impedindo o acesso ao sistema de saúde quem precisa de medicamentos e possui algum parente, ainda que distanciados pelos fatos da vida, que tenha condições de fornecê-los.

De certo modo, se o voto venha ser o vencedor, passará a responsabilidade objetiva do estado no fornecimento de medicamento especial de alto custo ao cidadão hipossuficiente para uma posição subsidiária, cabendo ao necessitado demandar contra seus familiares, ou mesmo a chamada "família solidária" nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello, como sendo aquela formada por laços afetivos.

É inegável que a interpretação apresentada, mesmo sendo apenas um voto, demonstra claramente que o Supremo está passando da interpretação ampliada, exigindo apenas a demonstração da hipossuficiência, mesmo o texto constitucional não prevendo, passando para interpretação mais restritiva, colocando o estado na condição subsidiária, o que obviamente fere o princípio da proibição ao retrocesso, assim como o exemplo trazido pelo Tribunal Constitucional Português.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O ativismo judicial, utilizando-se das sentenças manipulativas para a externalização

de suas decisões, enquanto meio de alcance e satisfação dos direitos fundamentas, nada mais fez do que ocupar o espaço deixado pelo poder atrofiado, agindo legitimado pela teoria dos freios e contrapesos, mesmo implicando na supressão dos grandes debates e a solução não provenha de órgão dotado de representatividade popular.

Entretanto, o papel de protagonismo realizado pela Corte Constitucional na tratativa de temas sensíveis, de certa forma, favorece o chamado "silêncio eloquente" do legislador, retirando o peso e o desgaste do debate popular, consolidando cada vez mais na condição de "última palavra", resultando na exacerbada judicialização de todos os temas, inclusive chegando ao ponto do uso da ação direta de constitucionalidade como prevenção de validade normativa.

Destas interpretações tomadas pelo Supremo chegamos as mutações jurisprudências ligadas a direitos fundamentas, decorrentes das modificações de precedentes, que não se confunde com ativismo (ligado à razão de decidir). Os recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, tanto na questão ligada à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, assim como no voto do Ministro Marco Aurélio Mello quanto aos medicamentos excepcionais de alto custo, analisado no trabalho, demonstram uma mutação clara dos precedentes a Corte, com fundamentos que extrapolam o texto constitucional (ativista), porém, limitando direitos fundamentais (liberdade e a vida).

Tal abertura interpretativa do Supremo, como garantia à segurança jurídica e proteção contra o retrocesso social, deve encontrar limites negativos justamente no próprio direito fundamental, não avançando sobre o texto se não for para buscar a melhor forma de conformação da regra para retirar a máxima efetivação, jamais extrapolando os limites da norma com o viés regressivo.

De qualquer sorte, a hipertrofia e o ativismo judicial somente se sustentam na letargia do poder competente, principalmente no legislativo, que se exercesse a sua função legiferante plena, agiria como limitador da interpretação da Corte na medida que regulamentasse a matéria que foi posta em julgamento, não deixando margem para expansão de qualquer dos demais poderes que compõe o Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas.

BAJER, Paula. **Sobre a Importância do Poder Judiciário na configuração do Sistema de Separação dos Poderes intaurado no Brasil após a Constituição de 1988**. Revista de Direito Costitucional e Internacional, ano 8, nº 30, jan-mar/2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 20/11/2016.

_____. **O controle de constitucionalidade no direto brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. **Teorias da Justiça no Ambito da Efetividade dos Direitos Fundamentais.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.16, n. 16, Jul/dez 2014.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Ativismo judicial e direitos fundamentais: leituras em Garapon e Ricoeur**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

BRUST, Leo. **Interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas**. Revista Direito, São Paulo. P. 507-526. JUL-DEZ 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito Constitucional.*** 6.ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1995.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas da constituição** . 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2009.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira.** Direito, Estado e Sociedade, nº 45, jul/dez 2014.

LIMA, Vinicius de Melo. **Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória: direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática.** Curitiba: Juruá Editora, 2016.

LLORENTE, F. R. **La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho**. . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. **O ativismo judicial e a ingerência do poder judiciário na escolha de políticas públicas, revista dos tribunais nordeste** | vol. 7/2014 | p. 127 - 150 | Set - Out / 2014

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. ***Processos informais de mudança da constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 1986. (Série jurídica Max Limonad; 1).

GAVIÃO FILHO, Anísio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MELLO, Claudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora. 2010.

QUEIROS, Cristina M. M.. **Direitod Fundamentais (teoria Geral).** Porto: Faculdade de Direito da Faculdade e Porto, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** - 37ª Edição -. São Paulo : Malheiros, 2014.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias dicursivas.** Rio de Janeiro : Lumen Iuris, 2006.

TATE, C. Neal. **Why the expansion of Judicial Power?** In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995.