



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**MURILO ACÁCIO ALMEIDA DOS SANTOS JÚNIOR**

**ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS  
OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA**

SALVADOR  
2020

**MURILO ACÁCIO ALMEIDA DOS SANTOS JÚNIOR**

**ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS  
DA REPÚBLICA**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Ms.<sup>a</sup> Elenice Ribeiro Nunes dos Santos.

Salvador  
2020

**MURILO ACÁCIO ALMEIDA DOS SANTOS JÚNIOR**

**ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS  
OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 04 de fevereiro de 2021.



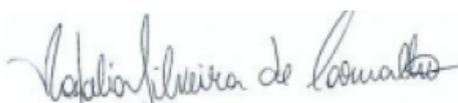
---

**Professor Orientador: MS<sup>a</sup>. Elenice Ribeiro Nunes dos Santos**



---

**Professor (a) Examinador: Dr<sup>a</sup>. Cristiana Menezes Santos**



---

**Professor (a) Examinador: MS<sup>a</sup>. Natália Silveira de Carvalho**

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	8
<b>2. ATIVISMO JUDICIAL</b>	
2.1 Origens do ativismo judicial	11
2.2 Ativismo judicial, controle judicial e judicialização da política	15
2.3 Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial	27
2.4 A legitimidade democrática do Poder Judiciário	38
<b>3. OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA E O MÍNIMO EXISTENCIAL</b>	
3.1 A atuação estatal no contexto da segunda geração dos direitos fundamentais	44
3.2 Efetividade do artigo 3º da Constituição Federal de 1988	48
3.3 O direito a um mínimo existencial	52
<b>4. AMPLIANDO A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO</b>	
4.1 Atividade judicante no Estado Constitucional De Direito	58
4.2 Modelos de assistência jurídica e universalização do acesso à justiça	66
<b>5. CONCLUSÃO</b>	75
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	80

DOS SANTOS JÚNIOR, Murilo Acácio Almeida. Ativismo judicial na concretização dos objetivos fundamentais da República. Monografia (Bacharelado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

## RESUMO

O Ativismo judicial está na pauta dos temas mais polêmicos e recorrentes do Judiciário brasileiro, principalmente em matéria de Direito Constitucional. O fenômeno originado nas cortes norte-americanas ganha solidez com a atuação do Supremo Tribunal Federal, incumbido da guarda constitucional e vetusto zelador dos princípios republicanos. Dessa forma, o presente trabalho busca estudar possibilidades teóricas acerca do ativismo judicial contribuir para a concretização dos objetivos fundamentais da República, elencados no art. 3º do texto constitucional, e que balizam uma atuação conjunta dos três Poderes em vista da efetivação dos compromissos sociais, econômicos e políticos ali estabelecidos.

**Palavras-chave:** 1- ativismo judicial 2 - objetivos fundamentais da república, 3 – minimalismo judicial 4 – direito constitucional 5 – acesso à justiça

DOS SANTOS JÚNIOR, Murilo Acácio Almeida. Judicial activism in achieving the fundamental objectives of the Republic. Monography (Bachelor) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

### **ABSTRACT**

Judicial activism is on the agenda of the most controversial and recurring themes of the Brazilian Judiciary, mainly in matters of Constitutional Law. The phenomenon originated in the North American courts gains strength with the performance of the Supreme Federal Court, which has been constitutionally guarded and an ancient keeper of republican principles. Thus, the present work seeks to study theoretical possibilities about judicial activism to contribute to the realization of the fundamental objectives of the Republic, listed in art. 3rd of the constitutional text, and that guide a joint action of the three Powers in view of the realization of the social, economic and political commitments established there.

**Keywords:** 1- judicial activism 2 - fundamental objectives of the republic, 3 - judicial minimalism 4 - constitutional law 5 - access to justice

“E você ainda acredita  
Que é um doutor  
Padre ou policial  
Que está contribuindo  
Com sua parte  
Para o nosso belo  
Quadro social”

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 pode ser traduzida como o marco de uma nova era da República brasileira, em que o reconhecimento da atuação estatal aos destinatários se estende para além das garantias dos clássicos direitos civis. Nessa atual Constituição, apelidada cidadã, vê-se uma sensível preocupação em garantir as bases para uma sociedade livre, mas também justa e solidária, através do estabelecimento de importantes compromissos sociais.

Noutro plano, conforme se extrai do artigo 2º da carta política, manteve-se incólume a separação dos poderes pelo modelo tripartite, alijada neste princípio a ideia de atuação harmônica que, por sua vez, não exclui a noção de freios e contrapesos (*check and balances*) necessários ao equilíbrio político e à fiscalização das ações do próprio Estado.

Desse modo, nenhum poder está isolado, tampouco age como se fosse soberano devendo, pois, tanto atuar harmonicamente com a existência dos demais Poderes, como guardar coerência entre as suas funções e os objetivos fundamentais da República elencados no artigo 3º, o qual estabelece um projeto político de implemento obrigatório a partir da ação estatal.

Ocorre que nesta Constituição com um rico rol de direitos e compromissos sociais destinados a todos - mas, especialmente, a uma população carente de recursos para viabilizar a sua existência - há demandas levadas aos Poderes que requerem respostas imediatas e também estruturais e planejadas (programáticas). Nesse contexto, surgem as omissões e insuficiências que atravancam o processo de desenvolvimento social, ao passo que tais situações deveriam ser prioridade na pauta dos agentes públicos responsáveis pelas tomadas de decisões e planejamento das políticas públicas.

É nesse cenário de falta de sincronia entre o Estado e as demandas mais básicas de seus governados que surgem espaços para uma postura ativista do Judiciário, no sentido de garantir aos que a ele recorrem meios para obter a prestação positiva do Poder Público e, até

mesmo, forçar o parlamento a elaborar leis que protejam grupos minoritários e vulneráveis da sociedade.

Por óbvio, é discutível a tese de que o Poder Judiciário, sendo a materialização do próprio Estado, poderia ser conivente com as omissões e insuficiências dos outros Poderes. Mas a ideia de ativismo perpassa justamente pelo rompimento do *status quo* de uma atuação dita corporativista e tipicamente proselitista, reforçadora de uma barreira social entre governantes e governados, que termina aprofundando os abismos de uma sociedade fortemente caracterizada por classes.

Assim, o presente trabalho tem como premissa verificar a possibilidade do ativismo judicial somar na construção de ações que busquem o alcance dos objetivos fundamentais da República, seja por meio de uma ação fiscalizatória e correccional dos outros Poderes, seja através da própria atuação do Judiciário em programas compatíveis com o projeto político delineado na Constituição Federal.

A monografia parte do segundo capítulo com a explanação das origens do termo “ativismo judicial”, retomando as primeiras passagens em que fora utilizado e o contexto no qual esteve inserido, a fim de explicar como tal fenômeno teve – e tem ainda hoje - sua existência ligada a uma atuação indesejável do Poder Judiciário. Em subtópico seguinte será feita a distinção entre ativismo judicial, controle judicial e judicialização da política, demonstrando que os três fenômenos não se confundem, em que pese haver em comum entre eles o protagonismo do Poder Judiciário.

Ainda no capítulo 2, o subtópico 2.3 fará o cotejo entre o constitucionalismo democrático e a noção de minimalismo judicial, desenvolvida primordialmente pelo professor Cass Sustein, reconhecendo a dificuldade de se proceder a esta técnica face o extenso rol de direitos e compromissos sociais que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto, e que acaba demandando, inevitavelmente, uma atuação maximalista do Poder Judiciário brasileiro. No subtópico 2.4 serão discorridas algumas palavras acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário, sinalizando a existência de outros critérios que reafirmam a participação deste Poder na manutenção da democracia, além do seu papel frente às escolhas políticas dos demais poderes.

Nos dois primeiros subtópicos do capítulo 3 serão analisadas a atuação estatal no contexto da segunda geração dos direitos fundamentais e a efetividade dos objetivos fundamentais da República, verificando-se nestes objetivos os principais vetores para a atuação dos três Poderes, indispensáveis ao cumprimento do projeto político delimitado no texto constitucional.

No penúltimo tópico deste capítulo terceiro, a análise tocará nas consequências da inoperância estatal face à necessidade do Estado garantir um mínimo existencial para seus governados perante constatações de diversas situações que se enquadram como omissão ou insuficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, tomando por base dados coletados em estudos do IBGE. O subtópico também traz informações acerca do mínimo existencial nas experiências de outros países, bem como descreve a visão de alguns autores estrangeiros sobre o tema.

No último capítulo será proposta uma nova concepção de ativismo judicial, afastando-o do significado incômodo que foi atribuído pelo senso comum e demonstrando ser possível uma atuação contributiva do Judiciário para que os processos de concretização dos objetivos fundamentais da República efetivamente aconteçam. Assim, serão analisados a evolução e os modelos de assistência judiciária, instituto fundamental para se obter o acesso à Justiça, a qual torna-se urgente, mais do que nunca, garantir sua universalização em contraponto a restrição no uso de seus serviços apenas para aqueles que podem pagar.

Por fim, a conclusão levantará informações-chaves trazidas nos capítulos anteriores somadas a um desfecho crítico do atual cenário do Poder Judiciário e daquilo que se espera para os próximos anos de atuação deste importante braço do Estado. Não se pode continuar aceitando com naturalidade o distanciamento entre agentes públicos, autoridades e demais membros dos três Poderes das reais necessidades da maior parte da população brasileira que ainda conta com numerosa quantidade de pessoas em situações de miséria e extrema pobreza. É preciso, pois, realinhar a estrutura estatal com o projeto político e social delineado no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, medida que só ocorrerá a partir de uma melhor e maior aproximação do Poder Público junto à sociedade o que, inevitavelmente, também envolve o Poder Judiciário.

## 2.ATIVISMO JUDICIAL

### 2.1 Origens do ativismo judicial

Segundo Barroso (2009), 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. Entretanto, é na experiência norte-americana que devemos buscar as origens deste fenômeno, porquanto tenha sido o *common law* terreno fértil para a atuação política dos juízes, não anulando a compreensão de que, mesmo no *civil law*, os juízes sejam considerados agentes políticos, conforme ensinamentos de Bandeira de Mello (2010. p. 159).

O contexto da primeira vez em que o termo “ativismo judicial” foi utilizado é retratado pelo autor Keenan D. Kmiec (2004, p. 1441), o qual informa que a expressão teria sido empregada, no âmbito político-jurídico, em artigo do historiador norte-americano Arthur Meier Schelesinger Jr., publicado em 1947 na revista *Fortune*, sobre a Suprema Corte de seu país no período do New Deal.

Na ocasião, Schelesinger chamou de ativistas (*judicial activists*) o grupo de juízes da Suprema Corte cuja atuação revelava-se comprometida com a realização de políticas de bem-estar. O grupo de posição antagônica, isto é, que entendia que os objetivos sociais não deveriam apenas ser alcançados pelo Judiciário, mas também pelos outros Poderes, foi chamado pelo historiador de “campeões do auto comedimento”, representando a autocontenção judicial (TASSINARI, 2012, p. 54).

Apesar do termo originalmente ser relacionado ao grupo de juízes comprometidos com políticas de bem-estar, e de ter sido utilizado em publicação do ano de 1947, em diversos julgados anteriores da Suprema Corte já era possível presenciar uma postura ativista dos julgadores, seja pelo aspecto da interpretação da lei, seja pelo alcance político das decisões.

Assim, mesmo acompanhando a existência do Poder Judiciário no que tange a sua atribuição de intérprete da lei, o ativismo, em seu primeiro momento, foi de natureza conservadora, conforme aponta o emblemático caso *Dred Scott v. Sanford* (1857). Do mesmo modo, o caso *Plessy v. Ferguson* (1896) reforçou o ativismo conservador da Suprema Corte ao consolidar o “separate but equal”, asseverando ali uma cultura de segregação étnico-social institucionalizada.

Em casos como *Lochner v. New York* (1905) e *West Coast v. Parrish* (1937) verificou-se uma ascensão jurisprudencial da Suprema Corte, interferindo na aplicabilidade das leis vigentes nos Estados. O primeiro caso marcou o que se chamou de era *Lochner*, enquanto que no segundo a decisão dada pela Suprema Corte no caso representou um progresso em matéria de direitos fundamentais. Todavia, ainda não era possível definir um posicionamento característico da corte para o julgamento de temas emblemáticos.

Não obstante, a ascensão jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos teve realmente seu ápice a partir da década de 50, onde houve uma mudança radical na sua orientação jurisprudencial com importantes decisões no campo dos direitos fundamentais. Os casos *Brown v. Board of Education* (1954), *Griswold v. Connecticut* (1965) e *Miranda v. Arizona* (1966) são lembrados como excertos de um período em que o tribunal ficou conhecido como Corte Warren, em referência a Earl Warren, Chefe de Justiça dos Estados Unidos entre 1953 e 1969.

Ao assumir a Suprema Corte, em 1953, Warren colocou em discussão questões até então ignoradas pelos cidadãos, mas que possuíam enorme relevância social naquele momento histórico. “Passou a atribuir-se o poder de dizer, não apenas o que não podia ser feito, mas o que devia ser feito, dando solução não apenas ao caso concreto, mas determinando uma nova norma aplicada a todos”. (SOUZA, 2008, p. 29). Conforme relata Vitório (2011, p. 117), eram tempos de completa tensão pós-guerra, considerando-se o temor de movimentos reacionários, os limites impostos à liberdade e as múltiplas ações de cunho discriminatório, sobretudo contra estrangeiros e negros, sendo certo que os conflitos daí decorrentes eram incessantes no país.

As transformações sociais verificadas na década de 50 do século passado representaram uma resposta política à sociedade do pós-guerra, dada pelas vias dos organismos estatais, da qual o Poder Judiciário inexoravelmente participou. De acordo com Teixeira (2012, p. 86), o expressivo crescimento de programas federais durante o período do New Deal, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia dos direitos das minorias.

Esta realidade perdurou até 1969, quando a Suprema Corte norte-americana passou a ser presidida por Warren Earl Burger, nomeado pelo então presidente Richard Nixon. Barroso (2009, p. 22) entende que até os primeiros anos da chamada “Corte Burger”, ainda havia nos Estados Unidos uma jurisprudência progressista para a época, a exemplo das decisões proferidas pela Suprema Corte em *Richardson v. Frontiero* (1973) e do polêmico caso *Roe v. Wade* (1973).

Bicca (2012, p. 62) citando Lindquist e Cross afirma que com a aposentadoria de Warren Burger, em 1986, Reagan indicou Rehnquist para Ministro Chefe da Suprema Corte, o qual representava a ala direita daqueles julgadores. Além disso, com a indicação de Scalia no mesmo ano, Reagan conseguiu modificar a orientação da Suprema Corte para a direita, apesar de outros indicados por ele (O’Connor e Kennedy) serem menos conservadores que Rehnquist e Scalia.

Esta retrospectiva da composição da Suprema Corte norte-americana e de alguns de seus principais julgados revela que o emprego da expressão “ativismo judicial” está ligado à resposta dada pelo Poder Judiciário em cada caso concreto, considerando principalmente o alcance desta em detrimento da atuação dos demais Poderes. Assim, apesar de alguns autores apontarem que a natureza progressista de uma decisão caracteriza ativismo judicial, diversas decisões tidas como conservadoras também revelam a ocorrência do mesmo fenômeno.

O ativismo judicial, portanto, teria sua origem relacionada mais com a forma com que é aplicada a decisão do que com a matéria discutida, fazendo oscilar a natureza das decisões (se

conservadoras ou progressistas), algo que nos remete à eventual necessidade de uma postura minimalista, tal como defendida por Cass Sustein e discutida mais adiante neste trabalho.

Apesar de existirem decisões do STF e de outros Tribunais na história da atuação judiciária brasileira em que se verifica certo ativismo, houve uma maior incidência deste fenômeno com a promulgação da Constituição Federal de 1988, detentora de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, bem como de um projeto político capitaneado pelos objetivos fundamentais da República, previstos em seu artigo 3º, além do tratamento de temas nas mais diversas áreas abrangidas pela presença humana.

Apontando os direitos fundamentais como fatores determinantes para o ativismo judicial no Brasil, Luciana Zanchetta Oliver (2016, p. 36) assevera que a Constituição brasileira está nitidamente comprometida com a realização destes direitos, deixando expresso qual deve ser o papel desempenhado pelo Estado a fim de garanti-los. No que toca ao Poder Judiciário, Ingo Sarlet (2010, p. 372) destaca a relevância entre a função exercida pelos seus órgãos e a vinculação destes com a Constituição Federal, sobretudo na atuação de casos cujos conteúdos tragam ofensas aos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e tribunal constitucional do país, representa a maior parcela da postura ativista no Judiciário brasileiro, mormente as reservas feitas pela atual Constituição Federal e o papel precípua de guardá-la. Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 53), comentando acerca do controle abstrato de constitucionalidade, diz que desde o surgimento dessa modalidade deu-se um substantivo acréscimo no rol de legitimados ativos que hoje se encontram previstos no art. 103 do texto constitucional. Tal ampliação aumentou também a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação.

Assim, outro não seria o entendimento de que o ativismo decorre de uma missão institucional, isto é, de um necessário e não indesejável comportamento atuante do Poder Judiciário, sob pena deste ficar esvaziado na sua parcela de dever em consolidar os objetivos fundamentais da República. Até a promulgação da Constituição cidadã, a atuação do Poder Judiciário na

defesa e concretização das normas constitucionais era altamente reduzida (SOLIANO, 2013, p.153), o que demonstra a necessidade urgente de uma nova postura do Poder Judiciário para materializar os objetivos insculpidos no atual texto constitucional.

## **2.2 Ativismo judicial, controle judicial e judicialização da política**

A construção histórica do que se entende por ativismo judicial revela que o termo foi empregado, originariamente, para rotular a postura de juízes cujos entendimentos eram fundamentados em preceitos de bem-estar social, não obstante a ocorrência pretérita de ativismo judicial com decisões conservadoras.

É inescapável nesta história o fato de Arthur Schelesinger atribuir o termo “*campeões do auto comedimento*” ao grupo contrário aos ditos ativistas. Sob esse aspecto, tem-se que a referência pejorativa de “ativista” também esteja relacionada a uma preocupação da expansão do Poder Judiciário, o que ameaçaria interferir nas funções típicas dos outros Poderes. Nesta toada, Elival da Silva Ramos, autor de extensa monografia (2010) sobre o tema, acaba definindo ativismo judicial como o:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (2010, p. 129).

Em outra passagem de sua obra, Elival da Silva Ramos afirma que, ao se fazer menção ao ativismo judicial, faz-se referência à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo (2010, p.116). Assim como outros autores, Elival da Silva Ramos entende que essa interferência do Judiciário gera um desequilíbrio na relação entre os poderes, numa clara usurpação das funções que lhes cabem.

Thamy Pogrebinski (2002, p. 118) considera ativista o juiz que use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; que promova, através de suas decisões, políticas públicas; e que não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade. Trata-se de uma visão enrijecida da atuação do Judiciário que o afasta de suas finalidades política e social, colocando-o como um Poder que não tem participação na concretização dos objetivos fundamentais da República e relegando-o a um mero espaço da prática jurídica com escopo no julgamento de lides com pouco ou nenhum interesse social.

Ainda mais negativa é a definição de ativismo judicial que Lenio Luiz Streck traz:

[...] O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável da nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos. (2009, p.15)

Na mesma linha de pensamento, Ronald Dworkin considerava o ativismo uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Dizia o renomado autor que:

[...] um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (1999, p.451-452).

Por outro lado, distante destas definições severamente limitadas e que quase colocam o ativismo judicial como um fenômeno subversivo, alguns autores enxergam neste uma possibilidade do Judiciário para dar conformidade e efetividade às leis, sobretudo ao próprio texto constitucional. Mesmo que a liberdade do aplicador do Direito seja relativa, isto é, esteja submetida aos instrumentos do ordenamento normativo, tratando-se de uma atividade

cognoscitiva no ato de interpretação de questões constitucionais é possível ser ativista sem ofender os demais poderes.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, um dos principais expoentes no assunto, entende o ativismo judicial como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (2009, p. 27).

Tassinari (2012, p. 22) identifica algumas perspectivas de abordagens para chegar a uma definição de ativismo judicial, a partir da sistematização de concepções existentes na doutrina. Discorre a autora que o ativismo seria uma experiência do Judiciário como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais), o que, neste caso, configura muito mais a judicialização; como abertura à discricionariedade do ato decisório; e como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.

Expondo pensamento favorável ao ativismo judicial, Hélder Fábio Cabral Barbosa (2011, p. 151) assevera que “pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao Judiciário seria um desvio de finalidade. Entretanto, inexistente tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o Direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de auto-executoriedade”.

Para Fernando Gomes de Andrade (2007, p. 322), também defensor deste fenômeno, o Judiciário seria competente “para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário”. O autor ainda complementa que “o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição”.

Luciana Zanchetta Oliver (2016, p. 80) ainda acrescenta à corrente pró-ativismo que, no Brasil, esta tem sido entendida como “o protagonismo que vem sendo assumido pelo Direito e pela Justiça, como consequência dos crescentes movimentos sociais e pela crise nas instituições que compõem o Estado, para fins de efetivação dos direitos e garantias fundamentais”.

Nada obstante, esta interpretação bem intencionada do fenômeno está longe de ser um consenso. A quantidade de decisões que representam um Judiciário contido, temeroso em participar do projeto político trazido pela Constituição, ainda é alta. Obviamente não se está falando de um Judiciário que legisle, ou administre o Estado e promova políticas públicas, em que pese serem estas as primeiras impressões quando se fala de ativismo judicial.

Admitir um Judiciário ativista não é reconhecer o desequilíbrio na separação dos Poderes e, frequentemente, os críticos deixam de observar dois aspectos: que tanto existe uma pauta política a ser cumprida pelo Poder Executivo (cuja Constituição de 88 foi zelosa ao estabelecer objetivos fundamentais), quanto há a necessidade das casas legislativas estarem sincronizadas com os anseios da sociedade. Quando a percepção destas balizas falha, cabe ao Judiciário exercer o controle legal, em consonância com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, sem deixar de ser observado o princípio da inércia.

Ou seja, o Judiciário é competente para apreciar questões de ordem pública e de cunho político, mas necessita que os interessados recorram a ele. Dessa forma exerce o controle judicial que não se confunde com a noção de ativismo judicial porque este é atitude, uma escolha específica do julgador ao exercer sua função, enquanto o controle judicial se trata de competência específica do Judiciário para apreciar a conformidade de leis e atos administrativos, como ocorre com o controle de constitucionalidade (art. 102, I, *a*), uma das vias processuais do controle judicial.

O controle judicial também é comumente relacionado com as políticas públicas, não se restringindo apenas à apreciação de leis, mas se estendendo à verificação dos atos

administrativos discricionários do Poder Executivo quando da execução dessas políticas. Neste sentido, confira-se a seguinte ementa da Ministra Eliana Calmon:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei, e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio da resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido.

(STJ, Resp. 493.811, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 15.3.2004).

Ao exercer tal controle, o Judiciário preenche uma lacuna na atuação estatal, a qual é exigível legalmente e pleiteada pelo indivíduo ou pela coletividade, por meio dos instrumentos jurídicos existentes. Mas adverte Hess (2011, p. 261) que “o atual avanço do controle judicial de políticas públicas depende de parceria e consolidação de cooperação ativa entre os poderes do Estado para o desenvolvimento social. Por isso cabe ao próprio Judiciário investigar o fundamento dos atos de governo e objetivos pretendidos, em conformidade com o art. 3º da Constituição Federal, sem pretender, com isso, ter sempre a última palavra em questões complexas de escolhas políticas (...)”.

Oswaldo Canela Júnior, ao definir política estatal, traz o seguinte ensinamento:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto e atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos

de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade. (2009, p. 70).

Verifica-se então que o controle judicial é uma exceção, um caminho possível para se obter a resposta estatal face uma transgressão na atuação dos outros Poderes, seja pela inércia na aplicação de políticas voltadas para satisfação dos objetivos fundamentais da República ou de outros preceitos constitucionais, bem como a prática de atos incompatíveis com os fins do Estado. Esta medida depende de um arcabouço legal, isto é, de normas em que a atuação do Judiciário esteja baseada, não podendo haver criação de alternativas incompatíveis com o ordenamento jurídico. No campo das políticas públicas, por exemplo, o controle judicial acontece com fins à consecução de algum objetivo delineado politicamente, que por sua vez esteja orientado por uma lei.

Ainda sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle judicial de políticas públicas, o Ministro Celso de Mello se pronunciou da seguinte forma na ADPF 45:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É pacífico o entendimento de que não compete ao Judiciário a escolha de políticas públicas e de que ele não dispõe – em superficial análise - dos aparatos necessários para implementá-las. Apesar disso, lhe cabe a função de apreciar desvios ou omissões na execução de tais políticas, devendo conhecer sobre estas falhas através das instituições (como o MP e Defensorias), cidadãos e sociedade civil organizada, munidos dos instrumentos jurídicos necessários.

Caso assim não fosse, estaríamos a conceder poderes absolutos ao Executivo na função de administrador público, lhe creditando exclusivamente todas as consequências de eventuais erros que ocorressem na execução de políticas públicas. Com efeito, não são raras as situações onde o Poder Público executa mal e desperdiça enorme quantidade de dinheiro, sendo que em tais acontecimentos é a sociedade que amarga o prejuízo devendo, pois, existir mecanismos de controle e responsabilização pela atividade do administrador.

Também por isso não é descabido o mandamento constitucional contido no artigo 5º, XXXV, de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrando o papel indispensável do controle judicial sobre os atos dos demais Poderes, inclusive do próprio Judiciário. Phillip Gil França, em sua tese, traz importante ponderação acerca do controle judicial. Conforme o autor:

O Estado que se autodenomina democrático de direito deve não apenas ter a consciência do exercício da justiça como meio de pacificação e de desenvolvimento social, mas também precisa saber instrumentalizar tais meios para conceder efetivos resultados de suas pretensões constitucionais. Esse papel compete também ao Judiciário. O controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre a Administração Pública existe para que aqueles que concederam parcelas de sua autodeterminação (liberdade individual) possam encontrar a paz e a segurança de que seus direitos não serão ameaçados, e, na ocorrência de ameaça ou dano a tais direitos, prontamente o ente criado para agir para o seu bem-estar reprimirá essas atividades. O controle do Judiciário é a engrenagem final da atividade estatal, é o eixo da balança do poder do Estado, é – finalmente – o modo como se consegue determinar o grau de exercício democrático de direito de um dado Estado. (2012, p. 20).

É certo que o controle judicial deverá ser exercido com fundamento na norma jurídica e o modo como o magistrado apreciará a questão envolvendo políticas públicas ou qualquer decisão acerca delas deverá pautar-se pela verificação da conformidade entre os atos praticados e a Constituição ou leis válidas no ordenamento jurídico.

Ana Paula de Barcellos (2010, p. 22) cuida da hipótese em que não seja possível extrair diretamente da norma jurídica respostas às questões relevantes sobre políticas públicas. Para a

autora, “nessa hipótese, cabe sobretudo ao Executivo e ao Legislativo elaborar as respostas para tais perguntas. Mesmo aqui, embora se trate do espaço próprio das deliberações majoritárias, poderá haver controle jurisdicional, conquanto seja possível – a despeito do caráter genérico dos parâmetros jurídicos – formular um juízo consistente de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos.”

Apesar da frequente relação que se faz entre controle judicial e políticas públicas, é através do controle de constitucionalidade que verificamos uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário perante os demais poderes e a sociedade. Deste modo, sendo o controle de constitucionalidade uma forma de controle judicial, é mais pujante o choque entre os Poderes quando ocorre a apreciação de supostos atos do Executivo e do Legislativo destoantes da Constituição Federal.

Neste sentido, recorre-se com frequência à expressão judicialização da política para se referir à apreciação de questões políticas, sociais ou morais pelo Poder Judiciário, quase sempre por meio do controle de constitucionalidade, as quais para alguns autores deveriam ser discutidas em outros ambientes, tais como as casas legislativas.

Barroso (2009, p. 3) chama a judicialização da política de “judicialização da vida” e diz que esta “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”. O fenômeno acontece porque estas instâncias se omitem na discussão de tais questões ou decidem sobre elas de modo incoerente com os anseios da população, levando o Judiciário a cumprir com o papel de última instância na deliberação de diversos temas complexos e delicados.

Roberto Basilone Leite, em sua tese (2011, p. 179), traz conceito semelhante, pontuando que a “judicialização da política é um processo social por meio do qual o próprio poder constituinte ou parlamentar amplia a área de atuação dos tribunais, *juridicizando* setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos à ação judicial. A judicialização o juiz não escolhe; não é o juiz que a promove; ela é produto da alteração do texto constitucional ou legal que amplia a competência dos órgãos judiciais”.

Barboza e Kozicki (2012, p. 72) entende que a judicialização da política está “relacionada ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política, especialmente por meio da participação nos processos de formulação ou implementação de políticas públicas (...). Na tentativa de garantir à comunidade seus direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, a política se judicializa.”

Verbicaro (2008, p. 390) aponta ainda algumas condições como facilitadoras do processo de judicialização da política ocorrido no Brasil, dentre as quais destacam-se especialmente a promulgação da Constituição de 1988; a universalização do acesso à justiça; a existência de uma Constituição com textura aberta; a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao STF; a hipertrofia legislativa; e a crise do Parlamento brasileiro.

De certo modo, a confusão entre ativismo judicial, controle judicial e judicialização da política é compreensível porque ambos os fenômenos trazem como marca principal a atuação dos juízes frente ao caso concreto, cuja repercussão das decisões ganha contornos políticos, gerando certo risco à interferência na competência dos outros Poderes. Mas o controle judicial é uma função típica do Judiciário, inerente àquilo que lhe compete na separação dos Poderes. Assim, poderá incidir o controle judicial numa questão essencialmente política, situação em que haverá também a judicialização. É dizer então que poderá haver controle judicial na judicialização da política.

Ao seu turno, o ativismo judicial seria uma postura do julgador que, por meio de uma decisão baseada em princípios e normas, seja capaz de preencher o vazio entre o caso concreto e a omissão ou insuficiência legislativa, ou entre a política pública considerada e a pauta de prioridade do Executivo. Por ser o norte do Estado Democrático de Direito, a Constituição representa a maior diversidade de casos em que a aplicabilidade de direitos, garantias e objetivos nela previstos demanda a necessidade de uma resposta estatal.

Os juízes, portanto, poderão ter ou não uma postura ativista face uma demanda que, por exemplo, se caracteriza como judicialização da política, ou mesmo ao exercer o controle judicial. Trazendo mais uma vez o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso na diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, tem-se que:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (2009, p. 23).

Em muitos casos, enquadrados ou não como judicialização da política, a resposta do Judiciário poderá ser interpretada como ativista. Mas a tônica deste ativismo é o modo como o julgador conhece o caso concreto e as próprias especificidades da ação intentada, gerando ou não a escolha de preencher o vazio da omissão ou insuficiência legislativa, bem como de interferir na forma como o Poder Executivo desenvolve alguma política pública em sua agenda.

Assim, Tomaz de Oliveira explica que a judicialização possui um aspecto mais sociológico, com origens de natureza política ou social, enquanto o ativismo judicial estaria ligado à postura interpretativa do Judiciário. Nas palavras do autor:

A judicialização ocorre por fatores que não guardam relação direta com a ação do Poder Judiciário. São fatores contingentes, que se apresentam em razão da adoção de uma determinada política legislativa ou administrativa. Já o ativismo judicial decorre diretamente de um ato de vontade do Poder Judiciário. Como afirma Antonie Garapon, trata-se de um fenômeno que tem origem no desejo do julgador de operar algum tipo de mudança ou conservação de determinadas posições sociais. (2012, p. 16).

Neste diapasão, percebe-se que a judicialização da política se trata de um fenômeno inevitável do Estado de Direito, fruto da relação harmônica dos poderes e necessário à aplicação dos freios e contrapesos (*check and balance*). Mauro Cappelletti (1993, p. 19) explica que a expansão do Poder Judiciário representa o necessário contrapeso à paralela expansão dos "ramos políticos do estado moderno". Luigi Ferrajoli (2010, p. 534) escreve que o Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um contrapoder, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos, assim como dos administrativos, e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado.

Noutro aspecto, acrescenta Vítor Soliano que:

A realidade social brasileira ainda encontra-se distante da possibilidade de confiarmos apenas no procedimento para a garantia da Constituição. Se ainda estamos buscando uma ampliação da inclusão social e o resgate das promessas não cumpridas da modernidade, o Poder Judiciário aparenta ser um *locus* privilegiado para tanto. Se o Estado Democrático de Direito pretende efetivar uma transformação social e a Constituição é entendida como norma, ocorrerá uma sobrevalorização da função de controle jurisdicional das constituições, no que ficou conhecido como judicialização da política. Por óbvio essa perspectiva de jurisdição constitucional promoverá uma necessária releitura da tradicional tensão entre legislação e jurisdição e das funções de *checks and balances*, já que o Poder Judiciário intervirá em áreas antes destinadas apenas aos demais poderes. (2013, p. 16)

Como dito alhures, o controle judicial é função inerente do Poder Judiciário, exercida na verificação da conformidade de leis e atos administrativos com o ordenamento jurídico ou a Constituição, como ocorre com o controle de constitucionalidade. Assim, o Judiciário poderá exercer o controle judicial em um tema de grande relevância política, o qual venha a caracterizar a judicialização da política.

Ao seu turno, o ativismo judicial será sempre uma escolha do julgador, uma alternativa de ir além na interpretação da norma jurídica, na aplicação do Direito, na atividade cognoscível destinada ao julgamento da lide (BARROSO, 2009, p. 22). As críticas que embasam a

opinião desfavorável deste comportamento vão desde a interferência do Judiciário nos outros Poderes até ao suposto desrespeito da Constituição pelo juiz (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

Mas o ativismo não pode ser uma escolha cega e inconsciente do agente que julga, como se estivesse criando arbitrariamente o Direito, munido da mesma legitimidade legiferante conferida aos agentes políticos eleitos pela via democrática. Deste modo, diferente do significado pejorativo que permeia o fenômeno do ativismo, o juiz dito ativista deve verificar a base principiológica da sua decisão e avaliar se esta é necessária à satisfação de um direito inescapável da atuação estatal através da qual ele, agente político, manifestará sua parcela de poder.

É neste sentido que Luís Roberto Barroso (2009, p. 6) aduz a ideia do ativismo judicial estar associado “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”. Reconhece ainda o ilustre professor que o fenômeno tem:

[...] uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo — e isso não se passa apenas no Brasil — na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. (2009, p. 8).

Ademais, a atitude ativista do juiz não se manifestará sem antes haver a pretensão do autor, tampouco será imposta diante de uma norma jurídica cujo sentido esteja completo. Não há que se confundir ativismo judicial com despotismo judicial. Toda e qualquer conduta do magistrado deve estar embasada em preceitos legais consubstanciados nas normas que informam o ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, muito bem pondera Hart que:

[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido [...]. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao Poder Legislativo [...], mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. (2009, p. 351).

Neste aspecto, é inegável que os juízes também participem do processo de criação do Direito - mesmo dentro do *civil law* -, situação que enfrenta forte resistência de aceitação nas democracias em que há um Legislativo corrompido dentro do seu processo de deliberação legislativa (clientelismo) e um Executivo autoritário, caracterizado por intensa produção de medidas provisórias na tentativa de suplantar o papel do parlamento.

Por outro lado, o Judiciário encontrará maior espaço de atuação nas lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, seja por omissão em legislar temas contrários ao interesse de grupos dominantes da sociedade, seja pela insuficiência de prever todas as hipóteses que estarão abrangidas pela lei. Nestes casos, o papel criativo da atividade judiciária se mostra enquanto saída de emergência aos prejudicados pela inoperância estatal, dada a necessidade da solução estatal às demandas da sociedade.

No tocante ao papel criativo da atividade judiciária que contribua para uma atitude ativista do magistrado, valiosas são as palavras do jurista italiano Mauro Cappelletti para o fechamento deste tópico:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de

discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade das decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo, enfim, a criatividade dos juizes. (1993, p. 42).

### **2.3 Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial.**

A promulgação da Constituição Federal de 1988 elevou a sociedade brasileira a um novo patamar de Estado de Direito, onde a democracia aparece como ponto de partida para a formação e organização do Estado. Daí por que o termo “Estado Democrático de Direito”, insculpido no artigo 1º, venha consagrar o modo como está constituída a República Federativa do Brasil, estabelecendo também um norte para a atuação estatal que deverá empregar esforços para a concretização dos Objetivos Fundamentais da República.

Assim, a atuação dos Poderes deve guardar estreita correlação e coerência com os princípios e programas estabelecidos na Constituição, de modo a cumprir o projeto político que ela estabelece em seu artigo 3º, além de fazer valer os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. Ao Judiciário restaram algumas das tarefas mais difíceis, como a guarda da Constituição Federal (papel precípua do STF) e o julgamento de ações que envolvem ou o excesso na prestação negativa ou a carência na prestação positiva do Estado.

Via de regra, o pano de fundo sobre o qual se desenrolam as tramas sociais, políticas e econômicas da nossa sociedade na atualidade é o constitucionalismo democrático, em que a Constituição torna-se o centro do Estado de Direito e o mapa pelo qual os Poderes e as instituições deverão se orientar. Conforme Barroso:

Nesse ambiente, verifica-se um papel mais proativo das cortes constitucionais na concretização de direitos fundamentais e uma permanente discussão sobre a exata fronteira entre o direito e a política, isto é, entre o que seja espaço da interpretação constitucional e o que seja espaço de conformação legislativa. (2018, p. 11).

Complementa ainda o professor Daniel Sarmiento:

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. Em vez de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência. (2009, p. 145).

Luís Roberto Barroso (2018, p. 2) identifica três características principais do constitucionalismo democrático: a elaboração de Constituições analíticas, com dispositivos voltados à proteção dos direitos fundamentais de diversas gerações; a expansão da jurisdição constitucional em todo o mundo, com a criação de tribunais constitucionais ou cortes supremas destinadas a fazerem valer a Constituição; e a ascensão institucional do Poder Judiciário e o aumento da discricionariedade judicial, em razão da complexidade da vida moderna e de uma nova percepção da interpretação constitucional.

Robert Post e Reva Siegel, professores da *Yale Law School* e responsáveis pela origem do termo, destacam que o constitucionalismo democrático:

[...] afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do foco juriscêntrico nas Cortes, o Constitucionalismo Democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas do judicial review. (2009, p. 31).

Bunchaft (2011, p. 172), discorrendo sobre o tema, conclui que o constitucionalismo democrático de Post e Siegel legitima a atuação do Judiciário por meio da utilização de

princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais.

De fato, não há atuação jurisdicional sem antes haver partes demandando decisões do Judiciário. Ao contrário do entendimento de alguns autores, o constitucionalismo democrático não retira do Poder Legislativo a sua função legítima de legislar, mesmo porque seja neste Poder que se encontram os representantes do povo, eleitos para tal fim; mas abre espaço para que o protagonismo judicial se manifeste em casos onde a omissão ou insuficiência legislativa se mostre evidente, pugnando assim pela defesa do Estado Democrático de Direito e pela aplicabilidade das normas previstas na Constituição Federal.

Mesmo não sendo, *a priori*, o responsável pela criação de leis, no seu papel de dirimir conflitos o Poder Judiciário possui inegável participação na criação do Direito, seja pela interpretação da norma aplicável ao caso concreto, seja para impedir que excessos ou omissões por parte do Estado prosperem face aos direitos e às garantias fundamentais ou frustrem a concretização do projeto político delineado no art. 3º da Lei Maior.

Deste modo, a atuação dos juízes e das cortes constitucionais não representa obstáculos para a efetividade das tarefas legislativas, tampouco para o desenvolvimento de políticas públicas, tratando-se de uma via alternativa para o alcance da resposta estatal nos casos em que houver inércia ou falha dos outros Poderes. Caso assim não fosse, tanto as minorias viveriam a mercê das escolhas de segmentos hegemônicos da democracia, quanto inúmeros cidadãos teriam de conviver com a ausência do Estado em aspectos básicos de suas vidas, tais como saúde, educação e alimentação.

É necessário então que exista um canal dentro do Estado capaz de promover a sua mobilização perante as demandas sociais, coletivas e individuais fundadas nos direitos garantidos pela Constituição Federal, superando o paradigma de que esta seja um amontoado principiológico sem eficácia e de cunho meramente simbólico. Até porque a legitimidade dos parlamentos e assembleias poderá estar contaminada pelos interesses de grupos políticos e

econômicos, cuja pressão exercida em agentes políticos venha acarretar retrocessos sociais, como legislações contrárias a maior parcela da população.

Todavia, quando o Judiciário se abstém de decidir causas mais complexas, isto é, demandas que carreguem em seu bojo questões de princípios ou regras gerais onde a decisão implique também consequências abstratas, além de estar se omitindo na sua função típica, termina por deixar o jurisdicionado sem nenhuma resposta do Estado, totalmente a mercê da boa vontade dos legisladores e governantes. Este comportamento retraído do Judiciário, pautado na limitação da largura e profundidade de suas decisões, denomina-se Minimalismo judicial, cujo principal expoente é o professor Cass Sunstein, da *Harvard Law School*.

Segundo Destri:

Sunstein denomina “minimalismo judicial” ou “minimalismo decisional” o fenômeno de dizer somente o que é necessário dizer para justificar uma decisão, deixando em aberto, na medida do possível, as questões mais fundamentais. É esta a característica mais particular do minimalismo – deixar intocadas as questões de fundo, revelando uma desconfiança forte quanto ao desejo do judiciário de elaborar, a partir do conhecimento limitado das circunstâncias de um determinado caso, princípios amplos e abrangentes. (2009, p. 121-122)

A teoria do Minimalismo defende que os tribunais devam limitar sua atuação às provas apresentadas no processo concreto, evitando-se controvérsias morais, cuja decisão extrapole os limites do caso apreciado. Sunstein enfatiza que “as decisões concretas não são embasadas em teorias abstratas, mas em argumentação menos ambiciosa acerca da qual as pessoas podem convergir a partir de fundamentos distintos” (2001, p. 13).

Deste modo, Cláudio Ladeira de Oliveira sintetiza que o Minimalismo possui dois aspectos, um “procedimental” e outro “substancial”.

O primeiro refere-se principalmente às peculiaridades institucionais do poder judiciário e consiste numa série de recomendações – de caráter “formal” – aos juristas para que evitem utilizar argumentos filosoficamente profundos e

controversos ao formular e fundamentar decisões judiciais concretas. (...) Já o segundo se refere ao conteúdo específico que o minimalismo deve promover nas decisões: as “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional”. (...) o minimalismo enquanto “procedimento” recomenda argumentações modestas, enfrentando o problema do desacordo razoável duradouro; enquanto “substância” promove a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. (2012, p. 11).

Depreende-se deste modelo de atuação judicial algumas características que obstam a própria efetividade da Constituição, tal como a abstenção dos tribunais em decidir questões constitucionais (Sunstein, 1995, p. 7), sob o argumento de que decisões com efeitos amplos e abstratos pudessem inviabilizar o debate no âmbito do processo democrático. Neste sentido, Sunstein (1995, p. 2) pontua que certas formas de minimalismo “podem ser promotoras da democracia, não somente no sentido de que elas deixam questões abertas para a deliberação democrática, mas também e, mais fundamentalmente, no sentido de que elas promovem a razão – dando e assegurando que importantes decisões sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis”.

O professor de Harvard exemplifica seu pensamento supramencionado com a decisão de *Romer v. Evans*, que invalidara lei discriminatória contra homossexuais. No caso, foi discutido se a Emenda nº. 2 da Constituição do Colorado, que vedava a adoção pelo Estado de medidas antidiscriminatórias em favor de minorias sexuais, afrontava a *equal protection doctrine*. A Suprema Corte considerou inconstitucional a Emenda, decorrente de referendo popular, sob o argumento de que tal norma poderia criar uma “segunda classe de cidadãos”, contrariando assim a *equal protection*.

Para Sunstein, o Judiciário pronunciou-se de forma estreita, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade da referida emenda, e não abordando uma gama de possíveis casos envolvendo discriminação contra homossexuais, tais como os relativos à exclusão militar ou casamento entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, vale ressaltar que esta decisão não poderia ocorrer de forma diferente, posto estar limitada à invalidação da norma questionada, isto é, à própria *causa petendi*. Se a corte estendesse os efeitos do julgamento para, por

exemplo, permitir o casamento entre homossexuais, extrapolaria a própria questão levada ao juízo numa clara atuação de legislador positivo, cuja decisão se caracterizaria de *extra petita*.

Situação diversa foi a que aconteceu em *Roe v. Wade*, onde além de entender que o direito da mulher fazer um aborto estava inserido dentro do direito à privacidade, a decisão ainda pôs fim a uma celeuma que era interpretada diferentemente em cada estado. Neste caso, dada a omissão legislativa por meio de lei federal que regulasse o tema e os diversos entendimentos aplicáveis em cada unidade daquela federação, uma postura minimalista da Suprema Corte continuaria a adiar uma resposta eficaz do Estado, afetando a população, trazendo insegurança jurídica e fomentando o deslocamento de pessoas para locais onde as regras sobre o aborto fossem mais flexíveis.

Maria Eugênia Bunchaft (2010, p. 16) destaca ainda que, antes de a Suprema Corte decidir o “caso *Roe*”, praticamente todos os estados americanos consideravam o aborto como uma prática ilegal. Com a decisão, todas as leis que limitavam a prática do aborto foram consideradas inconstitucionais e o serviço do aborto tornou-se acessível para as mulheres em todo o país. A decisão foi tomada pela Suprema Corte como reflexo do auge do movimento feminista dos EUA e das lutas pelos direitos civis.

É certo que em *Roe v. Wade*, assim como em diversos casos com complexidade similar, o processo democrático deliberado pelos representantes eleitos da população seria a solução ideal, não obstante a possibilidade de ocorrer eventuais decisões contrárias à opinião pública. Mas o que acontece quando estes locais de debate e criação das leis se omitem? Quais as consequências do silêncio do Estado ou da manutenção de um proibicionismo incompatível com a evolução histórica da sociedade? E quando o próprio Estado cria normas obstrutivas de direitos fundamentais, como exigir um posicionamento minimalista da Justiça?

Assim, alguns julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos com aspectos minimalistas merecem críticas baseadas na postura antidemocrática do Estado. Por exemplo, em *Kent v. Dulles* discutia-se acerca da recusa em conceder passaporte a uma determinada pessoa simpatizante do comunismo. A decisão da Administração se baseava em uma lei que, em

termos muito vagos, conferia ao Secretário de Estado o poder de emitir passaportes em observância do interesse dos Estados Unidos.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte se manifestou de forma minimalista, declarando que o Executivo poderia ter essa autoridade somente como resultado de uma declaração expressa do Congresso limitando o direito de viajar dos simpatizantes do comunismo. Porém, mesmo com a decisão favorável, não seria o caso da Corte, numa acepção maximalista, entender pela inconstitucionalidade da lei, de modo a impedir que qualquer autoridade tivesse o poder de limitar o direito de ir e vir das pessoas por motivos de posicionamento político?

Em *Griswold v. Connecticut* discutia-se sobre a constitucionalidade de uma lei que proibia o uso de contraceptivos, com a cominação de penalidades em caso de infração. No julgamento desse caso, o relator do processo, Juiz White, concordava que o Estado tinha legitimidade para banir atividade sexual ilícita, ou seja, relações pré-maritais ou fora do casamento. Contudo, o que o relator não visualizava era a relação causal entre a proibição do uso de contraceptivos e o banimento de relações sexuais ilícitas.

Dessa forma, o relator concluiu que o problema estava na ausência de nexo entre a justificativa alegada pelo Estado e a proibição particular em questão. A fragilidade da relação entre meios e fins muito provavelmente estava apoiada sobre a crença de que o sexo sem o objetivo de procriação era imoral, mesmo dentro do casamento. Tal crença, implícita na edição da norma, já não representava o entendimento dos cidadãos de Connecticut.

A decisão do Juiz White evitou falar amplamente sobre um direito à privacidade e focou mais estreitamente na ausência de uma ligação plausível entre a justificativa do Estado e a edição da lei. Mesmo com a saída oriunda de uma falha argumentativa, não seria o caso da Corte encarar a ilegalidade da proibição do uso de contraceptivos pela via da interferência ao direito de privacidade? Ou deveria realmente esperar uma deliberação política neste sentido por parte do Poder Legislativo? E se este Poder decidisse pela manutenção da proibição (devido a um forte *lobby* da Igreja, por exemplo), contrariando as expectativas da população?

No *Bakke Case*, a discussão versava sobre ações afirmativas com destaque para a opinião altamente minimalista do Juiz Lewis Powell. No caso mencionado, quatro juízes entendiam que a legislação não permitia nenhuma diferenciação em função da cor da pessoa e outros quatro juízes entendiam que programas de ações afirmativas deveriam ser ratificados pela Corte como esforço de reparar os efeitos ainda presentes da discriminação ocorrida no passado. Os oito juízes buscavam, de certa forma, uma decisão ampla e que pudesse solucionar também casos futuros.

Ambas as posições foram rejeitadas pelo Juiz Powell. Sua opinião debruçava-se sobre uma análise detalhada da relação entre o programa de ação afirmativa que se discutia e as justificativas invocadas em sua defesa. Do seu ponto de vista, a justificativa mais importante envolvia a necessidade da escola de medicina em garantir diversidade racial no corpo discente, não porque a diversidade racial fosse um fim em si mesmo, mas porque a diversidade racial poderia promover a missão educacional da escola.

O problema era que o programa da Universidade da Califórnia não era adequado ou necessário para promover esse interesse. Um sistema que considerasse a raça como um *plus*, em vez de um rígido sistema de admissão de duas vias (ações afirmativas), seria adequado aos objetivos da universidade e seria constitucionalmente aceitável. Dessa forma, o Juiz Powell rejeitou tanto o ponto de vista de que todos os programas de ações afirmativas seriam ilegítimos, quanto o ponto de vista contrário, de que todos os programas desse tipo deveriam ser ratificados como resposta a uma discriminação passada.

No caso analisado o juiz enfatizou, em particular, o fato de que o programa admissional da faculdade não havia sido elaborado por nenhum corpo democraticamente eleito, e resultava da criação de uma administração universitária, uma instituição que não possuía legitimidade democrática, em que pese a própria natureza democrática das ações afirmativas em um país com histórico de escravidão e genocídio de africanos e indígenas.

Em *Hampton v. Mow Sun Wong* cingia a discussão sobre um regulamento da Comissão de Serviço Civil que impedia que os estrangeiros ocupassem cargos em empregos públicos. Os demandantes sustentavam que a proibição violava o princípio da igualdade. O governo, por

sua vez, sustentava que possuía um interesse legítimo em preservar posições no serviço público federal para cidadãos americanos.

A Suprema Corte Americana rejeitou ambas as posições. Deixou em aberto a possibilidade de que houvesse interesses nacionais que justificassem a seletividade, porém, afirmou que no caso concreto a proibição decorria de um ato da Administração e não do Congresso, fato que o inquinava a certo déficit de legitimidade. A Corte afirmou que se uma classe de pessoas deve ser privada de emprego público federal, essa decisão deve ser tomada por aquelas pessoas que detém a representação popular, agindo dentro da sua competência ordinária, e não por membros da Administração.

Com essa declaração, a Corte não negou a possibilidade de que o Congresso excluísse os estrangeiros da ocupação de cargos públicos, admitindo tal possibilidade discriminatória por parte do Poder Legislativo. Mas não deveria o Judiciário se posicionar de modo contrário a este tipo de discriminação, ao menos no que diz respeito a cargos públicos que não guardassem relação com a soberania do país? A decisão no caso, tida como minimalista, manteve aberto o espaço para uma atuação discriminatória do Poder Legislativo.

Verifica-se então que nem sempre prosperará a dedução feita por Destri, para quem a teoria minimalista seria guiada por duas diretrizes básicas:

A primeira delas refere que uma decisão é menos legítima do ponto de vista democrático quando prolatada pelo Judiciário do que quando tomada pelo Legislativo. A segunda diz que os tribunais são menos capacitados para decidir sobre direitos constitucionais do que os órgãos políticos. (2009, p. 139).

Além do Minimalismo judicial do professor Cass Sunstein, há também o Minimalismo de Bickel (1986), baseado no que se denomina de virtudes passivas do Poder Judiciário. Segundo Destri:

Bickel sustenta que o poder judiciário está qualificado para controlar os atos praticados pelo legislativo e pelo executivo, justamente em função do seu isolamento em relação à pressão e à opinião pública. Contudo, um demasiado

envolvimento nas disputas políticas representaria utilização abusiva desse poder – judiciário – e poderia minar a sua própria legitimidade. As virtudes passivas funcionariam, então, como forma de proteção contra tal risco. (2009, p. 141).

Destri *apud* Peters (1991) estabelece ainda a diferença entre o Minimalismo pensado pelos dois autores:

O projeto de Bickel concebe o minimalismo fundamentalmente como um método de proteção do papel do próprio judiciário no sistema constitucional, podendo, por essa razão, ser descrito como “juriscêntrico”. Em contraposição, o minimalismo de Sunstein é “policêntrico”. Sua preocupação fundamental não está em preservar o judiciário, mas essencial e fundamentalmente em fortificar a legitimidade e promover a eficácia dos órgãos políticos. (PETERS, p. 380. 1991).

Verifica-se que ambos os minimalismos pressupõem uma atuação contida do Judiciário, seja para preservar a sua legitimidade, seja para garantir o funcionamento dos órgãos políticos de deliberação democrática. No modelo de Bickel há o reconhecimento de que a imparcialidade do Judiciário em face de opinião pública possa garantir uma decisão livre de proselitismos, o que não impede que a própria sociedade contribua para o exercício cognitivo dos julgadores como, por exemplo, por meio das audiências públicas ou do *amicus curiae*.

Por outro lado, o modelo de Sunstein exige que a abstenção dos tribunais em apreciar determinadas questões ou prolatar decisões de efeitos amplos esteja acompanhada de um Legislativo atento às demandas da sociedade e de um Executivo atuante em políticas públicas compatíveis com os mandamentos constitucionais. Se estas atitudes forem inexistentes, a postura minimalista do Judiciário apenas contribuirá para o engessamento do Estado no tratamento das demandas da sociedade, obrigando esta a buscar soluções fora do Estado de Direito.

Com acerto, Destri (2009, p. 146) afirma que “a tentativa de gerar decisões que pudessem abrigar todas as situações imagináveis e esgotar todos os aspectos envolvidos em questões polêmicas demandaria tempo excessivo e exigiria uma gama de informações e conhecimento que os juízes não dispõem”. Tal ambição não seria possível nem mesmo pela via legislativa.

Não obstante, cabe aos julgadores conhecer o caso concreto e, em sede de ações individuais, coletivas ou no controle de constitucionalidade, tornar o Direito coerente e compatível com a Constituição, aos moldes do constitucionalismo democrático.

Nesta linha, é indispensável que a sociedade participe da discussão de temas complexos e sensíveis nos espaços do Judiciário, afastando qualquer pensamento de que os julgadores agem sem nenhum respaldo democrático. A formação da convicção dos julgadores pode ser enriquecida com informações e conhecimentos trazidos pelo pronunciamento das partes ou pelo debate em audiências de segmentos da sociedade interessados no tema, e não apenas pelos autos carreados no processo.

Ao cabo, importante trazer a ponderação feita por Maria Eugênia Bunchaft quando do cotejo entre uma atitude ativista e uma postura minimalista do Judiciário:

Em síntese, não negamos que existem experiências históricas de ativismo judicial extremamente negativas e que violam direitos de minorias. Em verdade, se uma lei aprovada foi amplamente debatida na sociedade, de forma que todos os segmentos sociais tiveram a oportunidade de se manifestar no seu processo de elaboração, sendo que a mesma não se refere a direitos de grupos minoritários, o Judiciário deve assumir uma postura cautelosa e deferente, devendo respeitar o juízo democrático.

A situação modifica-se quando a lei envolve direitos de grupos estigmatizados e estes não tiveram oportunidade de se manifestar porque, por exemplo, maiorias parlamentares frustraram o potencial racionalizador do debate com a imposição de concepções religiosas. **A questão fundamental, portanto, consiste em identificar as situações estratégicas nas quais as instâncias deliberativas não foram capazes de proteger a autonomia privada de grupos minoritários historicamente discriminados.**

Compreendemos, ainda, que a articulação de ideais constitucionais concorrentes vinculados a direitos de grupos minoritários constitui uma função do Judiciário, que deverá administrar princípios jurídicos com base em pressupostos argumentativos inerentes a uma fundamentação jurídica controlável discursivamente. (2011, p. 11, grifo nosso).

## 2.4 A legitimidade democrática do Poder Judiciário

As particularidades da formação do Poder Judiciário e o processo eleitoral dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo parecem reforçar uma falsa ideia de não haver legitimidade democrática no Judiciário. É como se os juízes, que não são escolhidos pelo povo através das eleições, fossem alienígenas da democracia, compondo uma elite política distante da população e insensível às demandas da sociedade.

Evidentemente, o caráter participativo e popular do processo eleitoral está intimamente ligado à experiência democrática de um Estado sendo que, no Brasil, o poder emanado do povo seja também exercido por meio de representantes eleitos. Indiscutível, portanto, que estes agentes eleitos simbolizam o resultado da própria experiência democrática brasileira, de modo que o substrato destas escolhas termine refletindo o grau de comprometimento político dos cidadãos com a vida pública.

Acontece que este modelo de democracia indireta, no contexto brasileiro, é eivado de intercorrências que afetam, sensivelmente, a nossa experiência democrática. Em pleno século XXI, convivemos com a compra de votos, o “caixa dois”, a demagogia e uma população, em grande parte, desprovida de maturidade política para a escolha de seus candidatos. No Brasil, quem continua definindo a escolha dos representantes ainda é o *marketing*, a propaganda, a mídia e, claro, o poder econômico do grupo que apoia o candidato.

Por outro lado, a composição do Poder Judiciário decorre na maior parte de concursos de provas e títulos, ou de indicações dos chefes do Poder Executivo - estadual ou federal - com a chancela das respectivas casas legislativas (Senado Federal ou assembleias legislativas). É inegável porém que, desde o final do século XX, o acesso ao Judiciário tenha se tornado mais plural, ainda que persista forte meritocracia predeterminada pela presença majoritária de pessoas oriundas de classes privilegiadas, em que pesem as recentes transformações normativas que estão reservando vagas nestes concursos para candidatos afrodescendentes.

Mas então, de onde viria a legitimidade democrática do Poder Judiciário?

José Luís Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum (2016), citando Pierre Rosanvallon, explica que, ao longo da história, duas foram as maneiras mais características de obtenção de legitimidade: pelo sufrágio universal e pela expertise da Administração Pública. À igualdade de expressão reconhecida pelo voto (eleição) corresponderia, em linhas muito gerais, o princípio da igualdade na admissão para funções públicas (concurso). A eleição como opção “subjetiva”, guiada pelo “sistema de interesses e opiniões”, e o concurso como seleção “objetiva” dos mais competentes. Pode-se dizer que a primeira é um tipo de legitimidade “procedimental” e a segunda, “substancial”.

Sem querer exaurir a discussão que a pergunta suscita, é importante ponderar que a legitimidade democrática do Poder Judiciário, conquanto não advenha do mesmo processo eleitoral verificado nos outros poderes, guarda íntima relação com a manifestação de princípios democráticos e disposições constitucionais admitindo, inclusive, o controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) por parte de seus membros. Assim, do mesmo modo que é impossível falar em Estado Democrático de Direito sem a Constituição, não podemos falar de Constituição sem Poder Judiciário e, conseqüentemente, de Democracia sem este.

Alexandre de Moraes (2003, p. 293) explica que a questão da legitimidade da Justiça constitucional em confronto com a legitimidade da maioria legislativa coloca-se de forma acentuada no campo do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que se concede a um corpo de magistrados poderes para declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, afetando a produção legiferante do Parlamento, enquanto representante direto das aspirações populares de uma democracia representativa.

Esse entendimento parece validar a ideia de que a Justiça Constitucional confere legitimação democrática ao Poder Judiciário, pois cabe a este vigiar e defender os princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Nas palavras de Paulo Bonavides:

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.

Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade. (2004, p. 17).

Resta a dúvida se esta democracia com legitimidade concorre com uma democracia supostamente ilegítima, isto é, aquela advinda do processo eleitoral contemporâneo impregnado de demagogia, propaganda e corrupção. De qualquer modo, o instrumento em que está consubstanciada a legitimidade democrática do Poder Judiciário, isto é, a Constituição, oferece uma base normativa concreta, a qual serve de timoneiro para a atuação dos magistrados, diferente dos jogos políticos e seus interesses escusos que permeiam os processos eleitorais.

Adverte Luigi Ferrajoli que “é nessa sujeição do juiz à constituição e, portanto, no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo” (1997, p. 101).

Noutro ponto, é salutar que na democracia contemporânea as posições majoritárias não sufoquem a existência das minorias, de modo que estas possam ter voz ativa na construção do Estado democrático. Todavia, a maior dificuldade que as minorias enfrentam reside no fato de não contar, no exercício da democracia, com uma representação política forte o bastante para resguardar seus interesses ou ampliar seus espaços de atuação.

Neste sentido, Ana Carolina Olsen captou bem que:

(...) os grupos marginais, que não têm voz política, somente terão condições de se fazer ouvir através do processo judicial, e mediante o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário. Se o Estado não cumpre com as obrigações constitucionalmente elaboradas para o atendimento da população, muitas vezes somente através do Judiciário que estas necessidades poderão ser supridas, já que estes grupos marginalizados, e às vezes até cidadãos individualmente

considerados, não têm força política suficiente para influenciar no campo do jogo democrático. (2006, p. 306-308).

Portanto, o Poder Judiciário também participa ativamente da democracia na medida em que serve de espaço para que grupos não majoritários exponham seus pensamentos e proponham demandas as quais, em primeira análise, teriam grande dificuldade de serem atendidas pelos demais poderes.

E mais. Ainda que inexista a participação direta do povo na escolha dos membros do Judiciário, persiste a noção principiológica da inafastabilidade deste Poder, algo que contribui substancialmente para a manutenção da própria democracia e que prevê a salvaguarda dos princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Dessa forma, muito embora a legitimidade democrática do Poder Judiciário não decorra diretamente da participação popular subsumida no voto, é inegável o papel estratégico de manutenção e estabilidade da democracia que possui.

Exemplo disso é o debate público inescapável às demandas trazidas pelas partes, sobretudo aquelas que envolvem a apreciação de temas característicos da judicialização da política. Roberto Gargarella aduz especificamente a este ponto que:

(...) quando se aceita que os juízes são subordinados ao — na verdade, estão a serviço do — debate público, então podemos começar a ver o Judiciário como uma máquina crucial do debate público. Em efeito, juízes são excepcionalmente melhor situados para cumprir essa tarefa, porque a sua principal função é receber reclamações de todos aqueles que são marginalizados ou severamente afetados pelas decisões dos poderes políticos. Institucionalmente falando, o Judiciário representa o principal canal que os grupos *desavantajados* têm para se fazer ouvir, quando os poderes políticos se recusam a ouvi-los ou desconsideram inadequadamente suas reivindicações. (2006, p. 28).

No que diz respeito à participação popular na escolha dos membros do Judiciário, ainda que esta não ocorra diretamente, é preciso considerar que ao escolher os chefes do Poder Executivo estadual ou federal, o cidadão, de algum modo, influenciará na formação dos

tribunais. Precipuamente, disso não decorre a legitimidade democrática do Poder Judiciário, em que pese ao eleitor a necessária consciência de que seus candidatos serão também responsáveis pela escolha de alguns membros do Judiciário.

Assim, discorrendo sobre a composição política da Justiça constitucional, Alexandre de Moraes (2003, p. 304-305) identifica três requisitos que reforçam sua legitimidade: pluralismo, representatividade e complementaridade.

O pluralismo prescreve a importância do órgão encarregado da Justiça constitucional ter uma composição pluralista, de maneira que possa aumentar a representatividade global do sistema, protegendo os grupos minoritários que não tenham acesso aos ramos políticos. Infelizmente, na experiência brasileira este requisito está distante da Suprema Corte, haja vista que a esmagadora maioria de seus membros têm se configurado no perfil masculino, branco e oriundos de famílias com forte tradição jurídica ou influência política.

A representatividade, por sua vez, consiste na participação da maioria qualificada do Parlamento para a aprovação do nome do juiz constitucional. Esta participação parece garantir um maior pluralismo, como reflexo do próprio pluralismo democrático das casas legislativas, pois acaba por permitir às minorias parlamentares o direito de veto ao nome indicado para compor a Corte Constitucional, uma vez que essa deve representar necessariamente as várias tendências e partes da sociedade, inclusive as diversas minorias. Na prática brasileira, os senadores ou deputados estaduais, parlamentares responsáveis pela sabatina dos indicados aos tribunais, costumam cancelar a escolha do chefe do Poder Executivo sem preocupar-se com este requisito.

Já a complementaridade se consubstancia na necessidade de multiplicidade e variação de experiências profissionais anteriores dos juízes constitucionais, pois, na realidade, a experiência de um juiz constitucional proveniente da magistratura de carreira é diversa daquele proveniente da advocacia ou do Ministério Público, ou ainda, da Universidade Pública, ou do próprio Parlamento, ou outros ramos profissionais. Essa complementação de experiências acaba por legitimar a Justiça constitucional, afastando-a tanto do tecnicismo exacerbado, quanto da política exagerada. De um modo geral, a composição do STF tem sido

feita com profissionais de carreiras de diversas instituições jurídicas do país, como os MPs e tribunais estaduais, a advocacia, o MPF, a AGU e o STJ.

Tais requisitos revelam a preocupação com os grupos minoritários e com o processo de escolha dos membros dos tribunais, situações importantes para garantir uma democracia saudável, já que contribuem na definição de como determinadas demandas serão tratadas pelo Poder Judiciário. Não obstante, o acesso destes grupos minoritários aos tribunais deverá ser amplo e irrestrito para a defesa de seus direitos, assim como a escolha dos membros do Judiciário pelos outros poderes não poderá minuar a independência e atuação dos julgadores.

Nesta linha, refletindo sobre a necessária expansão da Justiça constitucional, Mauro Cappelletti diz que:

O princípio democrático requer que cada cidadão tenha uma "voz" no processo político e que seja possível à minoria de hoje tornar-se a maioria de amanhã. Se os direitos fundamentais, como as liberdades de expressão, de opinião e de associação, pudessem ser limitados pela maioria ocasional, sem o devido processo, o próprio princípio democrático estaria em perigo; e isso não é menos verdade para os "novos direitos" de natureza econômica e social, porque sua *rationale* é a de tornar efetiva a mais básica de todas as titulações democráticas - o direito de acesso ao sistema legal e político. (2001, p. 83).

Na mesma esteira, Alexandre de Moraes conclui que:

A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que o poder público, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da *res* pública, pautado pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da própria legitimidade popular de seus cargos e mandatos políticos pelo ferimento ao Estado de Direito. (2003, p. 303-304).

Isto posto, verifica-se que a legitimidade democrática do Poder Judiciário possui natureza diversa à dos outros poderes, pois, enquanto a legitimidade destes esteja amparada pelo voto

popular, numa acepção participativa, a legitimidade do Judiciário decorre da natureza protetiva de sua função, isto é, da vigilância de direitos dos mais diversos grupos da sociedade, minoritários ou não, a fim de estabelecer um ambiente favorável para a democracia.

É dizer que sem a existência deste Poder haveria um sério comprometimento à democracia, inclusive com acentuados riscos para o próprio processo eleitoral que legitima a existência dos demais poderes. Nesta senda, além de servir como espaço para que minorias possam ser escutadas e tenham seus direitos protegidos, o Judiciário cumpre a importante função de manter a estabilidade democrática através da fiscalização dos demais poderes quando do exercício de suas funções típicas e na consonância com os mandamentos constitucionais.

### **3. OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

#### **3.1 A atuação estatal no contexto da segunda geração dos direitos fundamentais**

A formação do modelo liberal de Estado está intrinsecamente relacionada com os direitos inerentes à condição humana de modo que, inicialmente, estes direitos se pautavam na abstenção estatal face à liberdade humana. Assim, a primeira geração dos direitos foi a dos direitos civis e políticos que, fundamentados nos anseios pela liberdade e com origem nas revoluções burguesas, colocavam limites na interferência do Estado perante seus cidadãos.

Discorrendo sobre a evolução dos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 220) reafirma que os direitos de primeira geração decorreram das primeiras Declarações, e que estas surgiram como reação ao absolutismo ainda mais exacerbado durante o século XVIII. Além deste fator, houve também o contexto econômico, em que as ideias liberais prevaleciam e inspiravam o descontentamento pelo Estado, que tinha na figura do rei sua maior expressividade.

Esse caráter individualista - principal marca das declarações dos séculos XVIII e XIX - permaneceu em destaque até meados do século XX quando a humanidade, abalada pelas consequências das duas grandes guerras, passou a questionar a existência também de direitos econômicos e sociais. Conforme Manoel Gonçalves:

Essa evolução se inicia com a crítica logo feita pelos socializantes ou socialistas ao caráter “formal” das liberdades consagradas nos documentos individualistas. Essas liberdades seriam iguais para todos, é certo; para a maioria, porém, seriam sem sentido porque a ela faltariam os meios de exercê-las. (...) Destarte, a atribuição em realidade para todos do direito de exercer esses direitos fundamentais implicaria uma reforma econômico-social, ou, ao menos, uma intervenção do Estado para que o mínimo fosse assegurado à maioria (2005, p.183).

Dessa forma, se no primeiro momento o desejo era enaltecer as liberdades humanas como contraponto a um Estado de intervencionismo desenfreado, no segundo momento as necessidades materiais e básicas pelas quais passava grande parte da população mundial reclamou a atuação do Estado como organismo capaz de supri-las. A chamada “questão social” surgiu como centro das principais consequências do desenvolvimento capitalista e dos pós-guerras, recaindo no Estado o dever de intervir diante às adversidades.

Assim, por exemplo, as relações entre o capital e o proletariado tornaram-se alvos de diversas ações regulatórias, a fim de diminuir os contrastes gritantes do lucro de alguns perante a exploração e miséria de outros. Este foi um modo como o Estado protegeu economicamente os cidadãos subordinados à lógica burguesa, esboçando traços dos primeiros direitos trabalhistas que, mais tarde, seriam protegidos constitucionalmente em diversos países.

De fato, a luta da classe operária contra o patronato foi indispensável para que o Estado se reformulasse e pudesse socorrer àqueles vistos como mais fracos na relação com o capital. Todavia, a existência deste ente abstrato era condicionada à escolha de representantes, isto é, de pessoas que ocupassem postos e cargos alternadamente e por meio de decisões tomadas em sufrágio, cuja universalidade foi alcançada, na França, já em 1848.

Embora a burguesia também participasse deste processo de escolha, foi a população quem conquistava seu principal direito político e, assim, votava nas pessoas que mais tarde decidiriam (ou não) em prol da coletividade. Esta foi outra causa de evolução dos direitos fundamentais. Os políticos e estadistas estavam democraticamente vinculados aos reclamos das massas, influenciando a transformação do Estado-polícia em Estado-providência, e impondo o reconhecimento pelo constituinte dos vários direitos econômicos e sociais.

Neste diapasão, Osvaldo Canela Júnior explica que:

A estabilidade objetivada no Estado liberal foi então substituída pelo dirigismo estatal, alterando-se, de forma profunda, a concepção da teoria da separação dos poderes. Dentro deste quadro, o Estado existe para atender o bem comum, o que representa a satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Em última análise, o Estado deve promover a igualdade substancial dos cidadãos, mediante a implementação material, e não meramente formal, dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais. Ao assim laborar, o Estado garante não somente a democracia política, mas também a democracia social. Para atingir tais objetivos, faz-se necessário o estabelecimento de metas e de programas a serem executados, a fim de que os direitos fundamentais sejam satisfeitos espontaneamente. (2009, p. 38).

É notável a aplicabilidade dos direitos fundamentais em diversos âmbitos da vida humana, desde a garantia do exercício dos direitos políticos, que asseguram um tratamento isonômico e de não intervenção do Estado, até a satisfação mínima das nossas necessidades existenciais, como os direitos à associação, à livre expressão e à intimidade e, principalmente, aqueles que conferem proteção à dignidade humana justamente porque reforçam o enfrentamento das questões sociais.

Dito isso, no tocante aos direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, em seu artigo 6º. Conferiu a eles *fundamentalidade* (formal e material), nos remetendo à ideia de direitos fundamentais sociais. A referida Lei dispôs ainda sobre a correta regulamentação destes direitos, conforme conteúdo do Título VIII, relativo à ordem

social, no Capítulo II sobre a saúde (Seção II), a previdência social (Seção III) e a assistência social (Seção IV), e no Capítulo III sobre a educação (Seção I), a cultura (Seção II) e o desporto (Seção III). O direito ao trabalho é disciplinado do art. 7º ao 11.

Sylvio Clemente da Motta Filho (2007, p. 332) aduz que os direitos fundamentais sociais podem ser compreendidos como aqueles que se direcionam à inserção das pessoas na vida social, permitindo que estas tenham acesso aos bens que satisfaçam suas necessidades básicas. Neste sentido, a satisfação dos direitos sociais guarda íntima relação com a concretização dos objetivos fundamentais elencados no artigo 3º da Constituição, compelindo o Estado a formular, implementar e fiscalizar políticas públicas que promovam esses direitos.

*Mutatis mutandis*, ao atender os objetivos constitucionalmente estabelecidos, o Estado satisfaz espontaneamente os direitos fundamentais, em especial os de caráter social. Isto significa que nenhuma política pública pode violar o conteúdo dos direitos fundamentais porque, se assim o fizer, transgredirá os próprios objetivos do Estado democrático de Direito.

Mas estes direitos dotados de fundamentalidade teriam imediata efetividade?

Thiago Lima Breus (2006), em relevante dissertação, responde que, muito embora a hermenêutica tradicional sustente que os direitos fundamentais sejam normas programáticas, não dotadas de eficácia pois dependentes de regulamentação do legislador, em verdade se tratam de direitos prestacionais. Ou seja, direito prestacional é todo direito fundamental a um ato positivo, vale dizer, um direito a uma ação do Estado. Logo, os direitos fundamentais possuem imediata efetividade, trazendo para o Estado o dever de efetivá-los e o direito dos cidadãos cobrarem continuamente estas ações.

Do mesmo modo, o professor Ingo Sarlet conclui:

Assim, um direito fundamental social será, pelo menos em princípio e em alguma medida, um direito originário a prestações, apto a ser deduzido diretamente da constituição, orientação que, em termos gerais e ressalvadas as peculiaridades de determinados direitos fundamentais, especialmente quando se tratar de direitos a

prestações normativas (como se deu no caso do direito de greve dos servidores públicos) encontra guarida também na esfera da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, com destaque para o caso do direito à saúde e do direito à educação. (2016, 123).

Percebe-se, ainda, que os direitos fundamentais e os objetivos fundamentais da República guardam estreita relação, sendo estes últimos os princípios norteadores para a atuação estatal concretizar os direitos fundamentais pela via prestacional. Efetivando os direitos fundamentais, o Estado cumpre os objetivos previstos no artigo 3º. Esta relação também postula a efetividade dos objetivos fundamentais, colocando-os como normas que demandam uma atuação dos agentes políticos e das instituições que compõem o Poder Público na direção estabelecida pelo texto constitucional.

### **3.2 Efetividade do artigo 3º da Constituição Federal de 1988**

No início do século XX, a consolidação dos direitos sociais nas principais cartas políticas pelo mundo evidenciava a transição do modelo de Estado liberal para o de Estado social, baseado não mais no individualismo liberal resultante do modo de produção capitalista, mas na preocupação com o desenvolvimento econômico e social. Nas palavras de Maurício Barros:

O Estado social tem como traço fundamental a atuação do Estado em políticas públicas, em que ele assume a responsabilidade pela condução do processo econômico, que acaba por se inter-relacionar com o processo político. Ao passar a implantar as políticas públicas, deixa o Estado de intervir na ordem social exclusivamente como produtor de direito e provedor de segurança, traços do Estado liberal. (2013, p. 46).

No Brasil, esse modelo de Estado Social já era comentado na ordem jurídica desde as Constituições de 1934 e 1946, em que pese a falta de êxito na sua consolidação, vez que a vigência da Carta de 1934 foi brevemente interrompida pelo Estado Novo e a Carta de 1937, e o documento de 1946, que trazia avanços em matéria de direitos trabalhistas, a exemplo da previsão de participação dos trabalhadores nos lucros das empresas e do reconhecimento do

direito de greve, passaria por diversas tentativas de golpes de estado, culminando no Golpe de 1964. A Constituição de 1967 até trouxe a previsão de direitos e garantias individuais (art.150) e de direitos sociais (art.158), mas sufocou o exercício destes direitos com o excesso de autoritarismo e repressão através do aparato policial do Estado.

Pelo menos nos planos jurídico e político, a consolidação do Estado social brasileiro somente ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dado o próprio período histórico vivenciado pelo Estado brasileiro. A ditadura militar havia surtido efeito semelhante às duas grandes guerras mundiais, tendo no seu momento posterior uma fase de intensa preocupação em reacender os direitos fundamentais apagados pelos anos de chumbo (Barros, 2013, p. 48).

Foi nesse contexto que a atual Carta estabeleceu em seu Título I os princípios fundamentais da República, abarcando quatro dispositivos que servem como orientação indissociável da atuação do Estado. Entre eles, o artigo 3º prevê expressamente os objetivos do Estado brasileiro:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Verifica-se no dispositivo supramencionado um sólido ponto de partida para a definição das políticas públicas e das leis, além de parâmetro para uma ação fiscalizatória das instituições essenciais à Justiça, direcionando a atuação judicante do Estado para coibir escolhas que representem fugas destes objetivos. Apesar desta sinalização, ainda se discute sobre a efetividade das chamadas normas programáticas, o que tende a esvaziar a seriedade e o compromisso com que os objetivos fundamentais devem ser tratados.

Neste sentido, valiosos são os ensinamentos do eminente ministro Luís Roberto Barroso (1994, p. 38), que classifica as normas constitucionais em “Normas determinadoras da estrutura do Estado, instituidoras dos Poderes e definidoras de suas competências (Normas Constitucionais de Organização)”, “Normas fixadoras de direitos” e “Normas delineadoras de um fim a ser alcançado ou de um princípio a ser observado, sem especificar condutas a serem seguidas (Normas Constitucionais Programáticas)”, sendo esta última classificação aquela que melhor se encaixa na hipótese dos objetivos fundamentais.

Para Raul Machado Horta (1995, p. 223-224), “a aplicabilidade imediata da norma programática, que a doutrina proclama, é questão diversa da exigibilidade por si mesma da norma constitucional”. Isso porque as normas programáticas exigem uma lei que as regule, mas também necessitam de providências administrativas e operações materiais para que sejam capazes de atingir as estruturas econômicas, sociais e culturais subjacentes à Constituição.

Tal ideia encontra alicerce na conceituação feita pelo ilustre Pontes de Miranda (1969, ps. 126-127), segundo o qual as normas programáticas seriam “aquelas em que o legislador constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos”. Assim, a legislação, a execução e a própria justiça estão sujeitas a esses ditames, que são como programas dados a cada uma dessas funções.

Ao seu turno, José Afonso da Silva (2007, p. 76) acrescenta que “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma”. Bem observa Paulo Bonavides que “de todas as normas constitucionais, a programática é indubitavelmente aquela cuja fragilidade mais suscita dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo assim de pretexto cômodo à inobservância da Constituição” (2008, p. 45).

Apesar disto, Celso Antônio Bandeira de Mello (1982, p. 19) assevera que “as normas programáticas dão ao administrado, de imediato, o direito à opor-se judicialmente ao

cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que as atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional, e de obter, nas prestações jurisdicionais, interpretações e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras”.

Ao sistematizar a doutrina acerca da matéria, Luís Roberto Barroso elenca as seguintes hipóteses de efetividade destas normas:

- (1) vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização;
  - (2) revogam as leis anteriores com elas incompatíveis;
  - (3) condicionam a atuação da administração pública;
  - (4) informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário.
- (1994, p. 53).

O catedrático acrescenta ainda que as normas constitucionais programáticas contêm, por via de consequência, eficácia paralisante de todos os atos que não sejam referentes às proposições acima formuladas e ensejam ao jurisdicionado o reconhecimento e declaração de sua inconstitucionalidade.

Diante do exposto, é indubitável a efetividade das normas programáticas, ainda que as mesmas possam depender de outras medidas para gerarem efeitos concretos. Tais normas, no mínimo, informam, orientam, balizam condutas e decisões de administradores, legisladores e juízes. Conformam o Poder Público a um raio de atuação delimitado pelo texto constitucional, fazendo com que a discricionariedade destas autoridades esteja dentro do projeto político idealizado pela própria Constituição.

Este projeto torna-se evidente a partir dos objetivos fundamentais expressamente previstos na Lei Maior, que também servem de parâmetros para medir o grau de afinidade dos atos praticados pelos agentes políticos da República com a consolidação do Estado Social, ainda uma promessa da nossa Constituição. Neste propósito, Luís Roberto Barroso relembra o conceito da eficácia social das normas:

A eficácia social ou efetividade é a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social. (1994, p. 55).

Deste modo, verifica-se que a efetividade ou eficácia social dos objetivos fundamentais pressupõe o questionamento dos programas governamentais, das políticas públicas, das leis e das decisões. Quanto a atuação legislativa está comprometida em construir uma sociedade livre, justa e solidária? Qual estratégia econômica está sendo utilizada para garantir o desenvolvimento nacional? Como o Poder Público está imbuído de erradicar a pobreza e a marginalização, e de reduzir as desigualdades sociais e regionais? De que modo o Judiciário e as instituições essenciais à Justiça estão vigilantes na promoção do bem de todos, combatendo preconceitos e outras formas de discriminação?

Responder tais questionamentos é o termômetro para saber em que grau anda a implantação do Estado Social brasileiro e entender se os Poderes estão empenhados em alcançar os objetivos primordiais da República. Igualmente, a efetividade das normas programáticas não pode ser negada. Por meio delas a Constituição estabeleceu princípios, elencando ainda objetivos que deverão ser cumpridos pelos órgãos dos três Poderes através de programas que concretizem os fins sociais do Estado.

### **3.3 O direito a um mínimo existencial**

Apesar das turbulências pelas quais a economia mundial tem passado nestas décadas iniciais do século XXI, não se pode olvidar que o Brasil sempre sofreu de uma profunda desigualdade social, notadamente visualizada pelas disparidades materiais entre classes, na quantidade de pessoas em situação de rua e de extrema pobreza, e na concentração de riquezas nas mãos de uma histórica minoria elitista.

Esta destoante realidade, não por acaso, retoma a intenção social que os constituintes originários tiveram ao elaborar a Carta de 88, elencando entre os objetivos contidos no artigo

3º a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Tal comando principiológico é o ponto de partida para o alcance dos seguintes. Ele representa o primeiro passo para a garantia do desenvolvimento nacional, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e para a promoção do bem de todos, porque concretizá-lo significa a um só tempo a ampliação do direito a um mínimo existencial e o reconhecimento da dignidade de cada pessoa humana.

Ocorre que o enfrentamento desta profunda desigualdade pelos governos, ao longo da redemocratização, tem se mostrado tímido, ainda que a Constituição de 1988 tenha elencado diversos dispositivos que intencionam a criação de um Estado Social. Esta ineficiência estatal reflete o descaso com que os representantes eleitos abordam a temática da distribuição de riquezas produzidas no país, trazendo inúmeras consequências para a dinâmica social, a exemplo dos dados demonstrados na Síntese de Indicadores Sociais, documento elaborado pelo IBGE em 2019 e que analisou as condições de vida da população brasileira.

Segundo o documento, o Brasil tinha 13,5 milhões de pessoas na extrema pobreza em 2018, o equivalente a 6,5% da população total, nível recorde desde 2012. Embora esse percentual tenha ficado estável em relação a 2017, subiu de 5,8%, em 2012, para 6,5% em 2018, um recorde em sete anos. O país tem também 52,5 milhões de pessoas na chamada linha da pobreza, vivendo com menos de R\$ 420,00 per capita por mês, o equivalente a  $\frac{1}{4}$  da população total (IBGE, 2019).

Importante ressaltar que o IBGE adota o critério do Banco Mundial, que inclui neste grupo qualquer pessoa que tenha renda mensal per capita inferior a US\$ 1,90 por dia. Assim, a quantidade de brasileiros em extrema pobreza é superior à população da Bolívia, Bélgica, Cuba, Grécia e Portugal. À primeira vista, na proporção com a população total do país parece um número pequeno. Mas o quantitativo em número absoluto é tão grande que supera a população dos países citados.

Outro aspecto das condições sociais dos brasileiros que também chama a atenção é a mortalidade infantil, ainda preponderante na região nordeste. Enquanto a média da taxa de mortalidade infantil no Brasil, por mil nascituro, é de 34,8, na região nordeste esse número é

de 52,8, de acordo com o documento Indicadores Sociais Mínimos do IBGE. Para a população preta e parda esse número ainda é maior em todas as regiões, em comparação com a população branca.

No Nordeste também se encontram as menores taxa de domicílios com saneamento, distribuição de água e luz elétrica. Enquanto no Brasil a média de domicílios com água canalizada e rede geral de distribuição é de 76,1%, no nordeste esse número é de 58,7%. A média de domicílios com esgoto e fossa séptica no Brasil é de 52,8%, enquanto no nordeste é de 22,6%, número apenas maior que a região norte que é de 14,8%. Na quantidade de lixo coletado e de luz elétrica o percentual médio do Brasil é de 79,9% e 94,8%, respectivamente, enquanto no nordeste esse número é de 59,7% e 85,8% (IBGE, 2000).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) publicou, em 2016, um estudo intitulado Estimativa da População em Situação de Rua no Brasil, segundo o qual foi estimada a existência de 101.854 pessoas em situação de rua no país. Deste total, calcula-se que dois quintos (40,1%) habitem as capitais e municípios com mais de 900 mil habitantes. Só a região Sudeste, a mais rica do país, concentra 48,89% da população em situação de rua (IPEA, 2016).

Estes dados revelam que o Brasil ainda possui uma forte concentração de riquezas, evidenciada nas disparidades materiais entre classes sociais e nas distorções econômicas e estruturais das regiões políticas administrativas. Também revela que o Estado não consegue oferecer um mínimo existencial a milhões de brasileiros, fazendo aumentar a distância entre a efetividade de políticas públicas e a concretização dos objetivos fundamentais da República. Conforme dito alhures, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais são pontos chaves para o alcance dos demais objetivos estabelecidos no artigo 3º da atual Constituição, tornando-se necessário a garantia de um mínimo existencial às pessoas em situação de pobreza e extrema pobreza.

O professor Daniel Sarmiento, citando Pontes de Miranda, explica que já em 1933 o saudoso jurista alagoano se referia à existência de um direito público subjetivo à subsistência, dentre o elenco dos “novos direitos do homem”, que compreenderia o que chamou de “mínimo

vital” (2016, p. 1653). Tal fato demonstra que a ideia deste direito era anterior à criação alemã do mínimo existencial, proposta no início dos anos 50 por Otto Bachof e reconhecida pelo Tribunal Administrativo Federal alemão em 1954 (BVerwGE 1, 159).

Em 18 de julho 1972, o direito ao mínimo existencial foi reafirmado em decisão do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 33, 303) no *leading case* denominado “decisão *numerus clausus*”. O tribunal foi acionado para fixar entendimento *erga omnes* em relação ao estabelecimento de critérios para o ingresso de candidatos a vagas nas faculdades públicas de medicina, uma vez que havia divergência jurisprudencial sobre a matéria entre os tribunais administrativos de Hamburgo e da Bavária. Nessa decisão foram elencados os parâmetros constitucionalmente admitidos para aquele fim, tal como o esgotamento das vagas disponíveis em todas as instituições do país. O julgamento deste caso foi importante para a construção conceitual do mínimo existencial, a partir da delimitação da noção de reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) como elemento essencial àquele conceito.

Todavia, Claudia Toledo (2017, p. 108) comenta que a decisão alemã paradigmática relativa ao mínimo existencial foi prolatada no caso BVerfGE 125, 175, de 09 de fevereiro de 2010, que deu origem ao benefício social conhecido na Alemanha como Hartz IV, concedido pelo Estado aos indivíduos desempregados e também àqueles necessitados de assistência social para a garantia de seu mínimo existencial. Trata-se de uma decisão relativamente recente, mas que legitimou a materialização desta garantia e demonstrou que faz parte das funções do Judiciário discutir temas desta complexidade, os quais se relacionam diretamente com o gozo dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Não obstante, desde a decisão de 1972 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, tribunais constitucionais ou supremas cortes de diversos outros países, como Portugal (2002), Israel (2015), Índia (2008) e Colômbia (2002) recorreram, com algumas variações, ao mesmo conceito ou a construções similares acerca do mínimo existencial (SARMENTO, 2016).

Discorrendo sobre o instituto, Ricardo Lobo Torres (1989, p. 33) esclarece que o mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional,

posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do artigo 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.

Apesar de alargar a incidência do mínimo existencial para outras áreas além dos direitos sociais, a característica de pré-existência a qualquer ordem constitucional ou legal que Torres traz também é afirmada por Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. (2016, p. 128).

Com isso fica claro que o mínimo existencial está intrinsecamente ligado à proteção da dignidade da pessoa humana, ainda que para alguns autores este mínimo não esteja circunscrito aos direitos sociais, revestindo-se até mesmo de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas (TORRES, 2009, ps. 80-81). Não obstante, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um rol de direitos fundamentais sociais que, inevitavelmente, se comunica com a ideia de mínimo existencial e este, por sua vez, serve à proteção da dignidade da pessoa humana. Isto não significa dizer que os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição devam ser prestados unicamente através de um quantitativo mínimo, mas que o conceito de mínimo existencial abarca a prestação destes direitos.

Além do excerto destacado acima de autoria do professor Ingo Wolfgang Sarlet, em que ele diz que no caso do Brasil os próprios direitos sociais específicos acabaram por abarcar

algumas das dimensões do mínimo existencial, Cláudia Toledo traz em sua definição de mínimo existencial semelhante entendimento. Vejamos:

(...) mínimo existencial é o conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana. Isto é, os elementos centrais que compõem o conceito de mínimo existencial são (i) direitos fundamentais sociais mínimos e (ii) dignidade humana. Direitos fundamentais sociais são direitos a prestação estatal positiva. Essa prestação pode ser normativa ou fática. As prestações estatais fáticas podem se dar na forma de bens, serviços ou dinheiro. Desse modo, direitos fundamentais sociais como saúde, educação, trabalho, moradia, trabalho, segurança social podem ser prestados segundo aquelas formas, sendo do legislador a competência originária de sua escolha. (2017, p. 110).

Noutro giro, o professor Thadeu Weber explica que John Rawls desenvolveu sua ideia do mínimo existencial a partir da satisfação daquilo que denominou de bens primários, isto é, condições sociais e meios polivalentes geralmente necessários para que os cidadãos possam se desenvolver adequadamente. Para Rawls, estas condições consideram a concepção política de pessoa, ou seja, cidadãos que são membros plenamente cooperativos da sociedade e não simplesmente seres humanos (2013, pp. 200-201). Assim, enquanto a preocupação com o mínimo existencial no sentido convencional é garantir ao ser humano condições de vida minimamente digna, para Rawls trata-se de ações capazes de inserir a pessoa nas deliberações políticas e dotá-la dos meios necessários para cooperarem no desenvolvimento da sociedade (pessoas éticas).

Apesar disso, quando se refere à extensão de um consenso constitucional acerca do mínimo existencial, Rawls tenta mostrar que na sua concepção política de justiça a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos é elemento constitucional essencial (WEBER, 2013, p. 200). O renomado autor reconhece, portanto, que abaixo de um certo nível de bem-estar material e social as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais. Este então seria o "mínimo social" que deveria "suprimir as necessidades básicas dos cidadãos" para o exercício de seus direitos fundamentais.

Contudo, ainda que exista um mínimo existencial que vá além das garantias básicas à sobrevivência e venha possibilitar que o cidadão participe politicamente no desenvolvimento

da sociedade, tal como proposto por Rawls, a questão é que as condições socioeconômicas no Brasil demandam ações urgentes e fortemente eficazes para combater a miséria e extrema pobreza. Sequer podemos falar de pessoa na concepção política que Rawls propõe para quem nem tem o que comer, vestir ou onde dormir. É disso que se trata: garantir os meios de subsistência básicos como moradia, vestuário e alimentação e, a partir disso, de modo escalonado, assegurar o acesso à educação, saúde, trabalho e etc. O mínimo existencial em nossa realidade compreende a possibilidade de conferir à pessoa humana uma existência com alguma dignidade a fim de que esta possa, por meio de outras ações, ter acesso aos demais direitos fundamentais e somente então exerça sua cidadania de forma plena.

## **4. AMPLIANDO A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

### **4.1 Atividade judicante no Estado Constitucional De Direito**

A atual Constituição Federal estabeleceu em seu projeto político as premissas para a concretização do Estado de bem estar social, não sendo possível a nenhum Poder se eximir de cumpri-las. Neste contexto, os investimentos em áreas básicas como saúde, educação, moradia e assistência social devem ser prioridades na pauta dos governos das três esferas, principalmente em grandes cidades onde se abriga a maior parte da população brasileira. Por sua vez, ao Poder Legislativo cabe o estudo contínuo dos efeitos concretos das leis criadas, além da manutenção do diálogo com a coletividade situada na região, Estado ou município que compõem as bases dos representantes eleitos.

Ao seu turno, o Judiciário exsurge diante dos demais Poderes em posição de igualdade e está legitimado para conhecer das políticas públicas necessárias para a concretização do projeto político da Carta Constitucional, servindo como um canal entre a população e os agentes públicos responsáveis pela criação e execução destas políticas. Isto porque, além do compromisso constitucional estabelecido através da promulgação deste instrumento jurídico fundamental para a orientação política da nação, a própria manutenção e existência do Estado através da arrecadação tributária impõem prestações positivas deste ente simbólico que, ao cabo, tem na sua manifestação material os próprios agentes públicos que o compõem. Nesta

outra concepção de atividade judicante no Estado Constitucional de Direito, enfatiza o professor Dirley da Cunha Júnior:

O Juiz, no Estado Social da sociedade de massas, deve assumir novas responsabilidades e aceitar a nova missão de interventor e criador das soluções reclamadas pelas novas demandas sociais, tornando-se corresponsável pela promoção de interesses finalizados por objetivos socioeconômicos. Do contrário, mostrando-se incapaz de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, máxime dos direitos sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. (2007, p. 160).

Apesar desta perspectiva, os argumentos em prol de uma rigidez na separação dos Poderes enfatizam sempre o perigo do Judiciário invadir a competência dos demais em suas atribuições típicas (DIMOULIS e LUNARDI, 2011; VIEIRA, 2008; BENVINDO, 2014), situação que terminaria gerando instabilidade institucional e insegurança jurídica. Noutro lado, agentes públicos e políticos que compõem a estrutura do Poder Executivo, principal responsável pela implementação de políticas públicas, demoram a promover programas básicos de assistência à população, como o atraso e as dificuldades impostas pelo próprio governo federal na distribuição de vacinas contra o vírus COVID-19 em meio à pandemia.

Outros argumentos ainda buscam fundamentações que vão além do Princípio da separação dos Poderes, chegando a interpretar o advento do Estado Democrático de Direito delineado na atual Constituição Federal como uma "imposição de conteúdo utópico de transformação da realidade à ordem jurídica e à atividade estatal" (MORAIS e STRECK, 2010, p. 91). Ora, acreditar que todo conteúdo normativo que expressa o compromisso constitucional para com as necessárias transformações sociais prometidas durante décadas à população - e sempre postergadas ou mal implementadas, quando não abandonadas – sejam utopias, é determinar um simbolismo constitucional por conveniência.

Não obstante os argumentos contrários ao ativismo judicial, fato é que mesmo as normas programáticas contidas na Constituição Federal de 1988 possuem aplicabilidade, conforme discorrido em tópico anterior deste trabalho, de modo que ao Estado não cabe se eximir do dever de executá-las pela simples alegação destas serem normas de conteúdo abstrato ou

"utópico". Disso resulta uma das principais funções do Poder Judiciário, condensada no Princípio constitucional da inafastabilidade deste Poder, enquanto estrutura do próprio Estado que é responsável por apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, servindo também como mediador das tensões junto aos demais Poderes em matérias de relevância política, econômica, social e cultural. Neste sentido, complementa José Ricardo Alvarez Vianna que:

(...) o papel secundário do juiz, equidistante dos problemas sociais, acaba por ceder espaço a um Judiciário atuante e comprometido com os problemas sociais, voltado à garantia de direitos individuais e à concretização de direitos sociais. O Judiciário passa a ser sagaz observador dos acontecimentos sociais, sobretudo daqueles que possam arranhar o Estado Democrático. Sua função social lhe confere posição de legítimo Poder do Estado, nem mais, nem menos que os demais Poderes, e sim em harmonia, cooperação e com plena independência em relação a estes. Um agente político, na verdadeira acepção jurídica do termo, em condições de velar pelos valores, fundamentos e direitos que matizam o Estado Democrático de Direito. (2017, p. 73).

Tal entendimento não deixa dúvida sobre a existência de compromissos sociais na atual Carta Política e o dever do Estado em cumpri-los. Isto porque o Estado Democrático de Direito brasileiro teve sua ordem político-jurídica instituída com a consciência da própria injustiça política e social daquele final de século, demandando dos constituintes originários o estabelecimento de compromissos para a almejada transformação social. O Direito, assim, deixa de atuar como mero discurso de legitimação da ordem social vigente e como instrumento de mera manutenção da realidade atual, assumindo um compromisso com o passado (determinabilidade, ordem, estabilidade) e com o futuro, a partir da transformação da realidade social vigente (BRAGATO, 2016).

A tônica conferida aos direitos fundamentais no âmbito da Constituição Federal de 1988 foi determinante para lhe trazer a alcunha de Constituição Cidadã, sobretudo quando consideramos o panorama político e social daquele período pós-ditadura. Assim, a contemplação destes dispositivos na principal lei do Estado brasileiro não foi um acaso utópico; ela revela e justifica a importância conferida pelo Poder constituinte originário no acolhimento destes compromissos sociais, principalmente quando alguns autores passaram a usar a expressão “Estado Constitucional de Direito” em alusão ao papel central que as constituições passaram a desempenhar nas democracias modernas.

Nas palavras de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (2012, p. 16), é possível identificar que “os direitos fundamentais apresentam-se como elemento central que caracteriza o Estado Constitucional de Direito, não sendo exagero algum afirmar que a proteção a esses direitos constitui-se no principal objetivo de sua existência.” Reforçando a posição central destes direitos no projeto político da Lei Maior, Tércio Sampaio Ferraz Júnior já observara que:

(...) o sentido promocional prospectivo dos direitos sociais 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). (...) Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade 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 Executivo, passa a ser imputada também à Justiça. (1994, p. 345).

No âmbito do Estado Constitucional de Direito, o juiz tem a função primordial de concretizar a supremacia da Constituição, contribuindo através da sua atividade judicante na consolidação e desenvolvimento deste importante instrumento jurídico. É deste modo, pois, que o Judiciário assegura a soberania popular e garante os direitos fundamentais, sem que incorra em transgressões à separação dos Poderes. Enquanto guardião da Constituição, no exercício da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário deve suprir e corrigir a atuação inconstitucional dos demais Poderes por meio da declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos que dificultem ou descumpram a eficácia das normas constitucionais, inclusive com a declaração da inconstitucionalidade por omissão quando for o caso, além de outros mecanismos necessários para a consolidação da supremacia constitucional.

Contudo, cabe destacar que o pensamento que se tem acerca do Judiciário dar a última palavra sobre os temas mais complexos e polêmicos da nossa sociedade não tem validade e não representa necessariamente uma ameaça à harmonia entre os Poderes. Comentando sobre a atuação do STF, Oscar Vilhena Vieira (2008) chegou a cunhar o termo “supremocracia”

para se referir a dois fenômenos: à ampliação da autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação às demais instâncias do Judiciário após a edição da EC nº 45/2004, que criou a Súmula Vinculante; e à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais Poderes, tendo em vista a ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional que, não raramente, terminam entrando em conflito com os interesses do próprio Estado, a exemplo das ações judiciais que obrigam o fornecimento de medicações não listadas ou dispensadas pelo SUS .

Dimoulis e Lunardi bem explicam o porquê dessa falsa idéia do Judiciário dar a última palavra:

Juridicamente, tal poder de última palavra inexistente no Brasil e em muitos outros países, onde o Legislador não é vinculado pelas declarações judiciais de inconstitucionalidade. E ainda que o legislador se submetesse a elas, como ocorre na Colômbia, seria sempre possível aprovar uma Emenda Constitucional para reverter decisões do Judiciário. Também seria possível ao Legislativo aprovar lei idêntica após certo prazo na expectativa de que a mudança na composição da Corte e no contexto político modifique a orientação jurisprudencial. (2011, p. 468).

Vê-se então que no contexto de uma democracia saudável o Judiciário não será o detentor da última palavra, não obstante seu dever de apreciar qualquer lesão ou ameaça de direito, devendo se manifestar nas situações em que for provocado pelas partes envolvidas no litígio, ainda que estas sejam o próprio Estado. Noutro aspecto, deve-se reconhecer que enquanto guardião de uma Constituição analítica, dogmática, dirigente e fortemente fundada em bases principiológicas, o Supremo Tribunal Federal será, inevitavelmente, ambiente de protagonismo de calorosos debates sobre temas de grande relevância para a sociedade.

No que diz respeito ao papel da atividade judicante no âmbito do Estado Constitucional de Direito, importante trazer à baila os ensinamentos do professor Dirley da Cunha Júnior para quem, na insuficiência, omissão ou abuso dos demais Poderes, o Judiciário tem o poder-dever de atuar:

Em face de sua atuação substitutiva e supletiva, se não há violação de direitos não há a intervenção do Judiciário. Assim, se o Legislativo e o Executivo atuam na

efetivação de direitos e cumprem com os seus deveres na implementação de políticas públicas constitucionalmente vinculantes, não há razão para a intervenção judicial. Do contrário, diante da omissão e abuso dos outros Poderes, a atuação do Judiciário é exigida pela sociedade para fazer valer o primado da Constituição e do Direito. Nessa esteira de reflexão, pode-se admitir que as omissões do poder público, principalmente as do Legislativo, acabaram por conferir ao Judiciário uma legítima função normativa, de caráter supletivo, no exercício de sua típica função de efetivar as normas constitucionais, de tal modo que hodiernamente já se fala – como ocorre na Alemanha – na tendência da passagem do *Rechtsstaat* ou Estado Legislativo para o *Justizstaat* ou Estado de Jurisdição Constitucional, em razão do evidente crescimento da importância da função jurisdicional no âmbito do controle das ações e omissões do poder público, onde a chamada “crise da lei” e a superação do mito da “separação de Poderes” parecem ser realidades notórias. (2016, p. 163).

O ponto chave da crítica à postura ativista é a interferência do Judiciário nos demais Poderes, questionando tal conduta através do ataque à decisões com fundamentações principiológicas em temas de alta complexidade, que não apenas envolvem instituições e governos diferentes, como também diversos setores da sociedade, tais como grupos religiosos, cientistas, federações esportivas, associações de policiais, sindicatos, bancos, empresas, agronegócio, ativismo ambiental, indígenas e etc. Ou seja, diante de uma Constituição cujo conteúdo traz normas atinentes a quase todos os setores da sociedade, inclusive da própria estrutura do Estado, torna-se impossível exigir a postura de um Judiciário contido, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Também não merece prosperar o argumento de que o Judiciário, quando age com ativismo, lastreia suas decisões sem observância do princípio da legalidade, por vezes até mesmo chegando a legislar. Trata-se de duas questões diferentes, mas que se complementam. A primeira é que os juízes não estão isentos de julgar quando houver omissão da lei ou mesmo inexistência desta, fenômeno que o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e o artigo 140 do atual Código de Processo Civil (NCPC) previram, e que pode ser resolvido com base nos métodos de integração. Neste ponto, o conteúdo constitucional está revestido de princípios e traz em sua essência a historicidade de uma nação que pode ser verificada em conteúdos normativos que expõem costumes e possibilitam a técnica da analogia ou da equidade (arts. 5º, I, IV, VI, VII, IX; 13; 210 e §§; 216 e §§; 217, § 3º; 221; 226, §§ 2º, 4º e 5º; 228; 230; 231; 232 da Constituição Federal).

A segunda questão é que mesmo não sendo a sua atividade típica, a Constituição possibilitou que o Judiciário também legisse em situações atípicas, tais como a elaboração de regimentos internos (art. 96, I, *a*) e, grosso modo, o encaminhamento das propostas orçamentárias ao Executivo (art. 99). Conquanto não produza lei no estrito sentido da palavra, a elaboração de súmulas (vinculantes ou não) e as possibilidades de invalidação, criação ou alteração do ordenamento jurídico por meio das chamadas ações constitucionais, especialmente a ADI por omissão e o mandado de injunção, revelam que o Poder Judiciário possui legitimidade para criar o Direito, ainda que não seja propriamente por meio da atividade legislativa.

Assim que, ao longo da promulgação da atual carta magna que inaugurou um Estado Constitucional de Direito, o STF tem sido uma espécie de protagonista político, instado a decidir em temas de alta relevância para a sociedade, mas que estavam engavetados nas pautas dos outros Poderes, inclusive no tocante à necessidade de produção legislativa. Entre diversas decisões que criaram normas para compor o Direito brasileiro, destaca-se a concessão de aposentadoria especial para servidores que trabalham sob insalubridade (Mandado de Injunção nº 721, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO, DJ-e 29/11/2007); a vedação do nepotismo na Administração Pública em geral (Súmula Vinculante nº 13, DJ-e 29/08/2008); e a admissão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a qual não estava prevista na legislação ordinária e nem expressamente na Constituição (ADPF nº 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ-e 13/10/2011).

Objetivando afastar o mito da “Supremocracia” e reafirmar o dever do Judiciário em participar na construção do Estado Constitucional de Direito, Andreas Krell entende que:

O Judiciário se responsabiliza por manter as instituições democráticas e os direitos fundamentais, principalmente por meio de tribunais constitucionais ou cortes supremas diante do controle de atos omissivos ou comissivos dos outros poderes. Inexiste impedimento dos tribunais ao exame de questões constitucionais consideradas de natureza política, ainda que seja preciso uma revisão de escolhas e decisões adotadas pelo legislador e pelo administrador. (2012, p. 147).

À guisa de conclusão, verifica-se que o papel do Judiciário perpassa pela fiscalização da implementação de políticas públicas, porém não como Poder ou instituições que promovam a fiscalização comissiva, *ex officio*, e sim como espaço aberto e disponível para que legitimados

competentes e jurisdicionados levem omissões e insuficiências no cumprimento do projeto político delineado na Constituição Federal à apreciação da própria estrutura estatal. Deste modo, tratando-se da não observância dos meios indispensáveis à consecução dos objetivos fundamentais da República, o Poder Judiciário, provocado pelas instituições essenciais ao funcionamento da Justiça, bem como da própria população e da sociedade civil organizada, tem o dever de agir em prol da supremacia do texto constitucional.

#### **4.2 Modelos de assistência jurídica e universalização do acesso à justiça**

Um dos aspectos mais cruciais para a boa manutenção do Estado Social e Democrático de Direito é a preocupação em garantir à população o acesso à Justiça, não promovendo uma espécie de segregação socioeconômica que impeça as pessoas menos afortunadas de buscarem a materialização de seus direitos.

Neste sentido, o Estado passou a prestar assistência jurídica às pessoas que comprovarem insuficiência de recursos para acessar ao Judiciário, conforme previsão contida na norma constitucional do art. 5º, LXXIV. Imperioso ressaltar, no entanto, que a ideia do Estado prestar assistência jurídica aos seus governados é antiga e remonta ao início da colonização portuguesa, quando a defesa das pessoas pobres perante os tribunais era considerada uma obra de caridade, com fortes traços religiosos, e também com a vigência de dispositivos nas Ordenações Filipinas que asseguravam a nomeação de um curador para menores e loucos (ALVES, 2005, p. 275).

Em meados do século XIX, José Thomaz Nabuco de Araújo, que fora Ministro da Justiça do Império e depois presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), pôs em relevo o tema da assistência judiciária às pessoas mais pobres e propôs medidas concretas para possibilitar o acesso destes à Justiça. Assim, já em seu discurso de posse como presidente da IAB, em 1866, Nabuco de Araújo sugeriu que o Instituto dos Advogados no Rio de Janeiro se encarregasse “de dar consultas às pessoas pobres, e de defendê-las por meio de algum dos membros do Conselho ou do Instituto” (Arquivo IAB, 8º Conferência de 08/11/1866, p. 142). A ideia de Nabuco de Araújo contava com a colaboração ativa dos abolicionistas,

destacando-se Perdigão Malheiros, autor de um grande tratado sobre a escravidão no Brasil, que viam no programa uma garantia de justiça para os escravos a serem libertados.

Segundo Peter Messitte (1968, p. 401), ainda durante o período imperial teria ocorrido a primeira manifestação do poder público de chamar para si o encargo de manter, à custa do erário, um agente investido da função específica de assistir juridicamente aos mais pobres. A iniciativa partiu da Câmara Municipal da Corte, que criou o cargo de Advogado dos Pobres, remunerado pelos cofres públicos. Esse teria sido o primeiro Defensor Público da história do Brasil, porém o cargo foi extinto em 1884. Um ano após a proclamação da República, o governo provisório editou o Decreto nº 1030, de 14 de dezembro de 1890, que tinha como objeto principal regular o funcionamento da justiça no Distrito Federal. Desse Decreto constava o art. 175, que previa a criação, na capital, de um serviço de assistência judiciária aos pobres (ALVES, 2005, p. 278).

O historiador Jorge Luís Rocha discorre sobre o Decreto nº 2457, de 08 de fevereiro de 1897, que estabeleceu o primeiro serviço de natureza pública para atendimento jurídico dos necessitados na história do país. Segundo Rocha, algumas disposições deste decreto apresentavam características que influenciaram a atual legislação brasileira sobre o tema, especialmente no tocante aos critérios de concessão da gratuidade de justiça como a definição de “pessoa pobre” para se obter a fruição do benefício, do autor ou réu poderem obter assistência judiciária na área cível ou criminal, da total isenção de custas e despesas do processo, da revogabilidade do benefício por justo motivo e em qualquer fase do processo e do direito da parte contrária de impugnar com provas a alegação de pobreza do beneficiário (2004, p. 138).

Após a edição do Decreto nº 2457, diversos Estados editaram leis que criaram serviços para o atendimento jurídico dos necessitados (CUNHA, 1951). Mas foi com o Código Civil brasileiro de 1916 que vários Estados promoveram reformas nos seus Códigos de Processo Civil, que à época era matéria de competência das unidades federativas, adotando alguns dos princípios mais modernos do processo civil da época, dentre os quais figurava o instituto da assistência judiciária. Paralelamente à garantia do patrocínio jurídico gratuito através do instituto da assistência judiciária, as respectivas legislações também dispuseram sobre a gratuidade de justiça, ou seja, isenções de custas processuais. Não obstante, Cléber Francisco Alves comenta em sua tese que:

(...) o problema [da assistência judiciária] persistia seja porque em alguns lugares a isenção concedida não abrangia todas as custas e taxas, seja porque – embora houvesse o dever moral de patrocínio gratuito dos litigantes pobres, muitos advogados nem sempre cumpriam esse dever adequadamente, especialmente quando viam-se sobrecarregados de trabalho, tendo que atender seus clientes particulares e paralelamente aceitar as nomeações para atuarem como advogados dativos, por determinação dos juízes. Este era, então, o quadro da assistência judiciária no Brasil por volta do ano 1930. (2005, p. 288)

A criação da OAB - Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930, e sua regulamentação pelo Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, trouxeram novas perspectivas para o tema da assistência judiciária. O dever dos advogados de assumir o patrocínio gratuito das pessoas pobres em juízo deixava de ter caráter meramente moral e assumiria natureza jurídica cuja violação poderia gerar penalidades. Hodiernamente, esta possibilidade encontra-se prevista no art. 34, XII, da Lei nº 8.906/94. Ao seu turno, a Constituição Federal de 1934 estabeleceu que a prestação de assistência judiciária aos necessitados era dever constitucional da União e dos Estados, prevendo a criação de órgãos públicos que seriam especificamente encarregados de prestar tal serviço (art. 113, § 32). Assim, a assistência judiciária deixava de ser um ônus legalmente imposto aos advogados, passando a ser reconhecida como obrigação do Poder Público.

Entre as constituições posteriores, a de 1937 não fez menção ao direito dos cidadãos de receberem a assistência judiciária, enquanto que a de 1946 estabeleceu expressamente tal direito em seu art. 141, § 35. Somente com a aprovação da Lei nº 1060 em 1950, que tratava especificamente da assistência judiciária às pessoas pobres, fora ratificado o entendimento de que a assistência judiciária deveria ser reconhecida como direito do cidadão. Assim, a Lei nº 1060/50, ainda em vigor, embora com sucessivas modificações desde a sua edição originária, teve o mérito de consolidar em um só documento diversas normas sobre assistência judiciária que estavam espalhadas nos vários códigos. Tornou-se assim mais fácil para os interessados determinarem a lei que será aplicável à assistência judiciária, qualquer que seja a modalidade do processo (ALVES, 2005, p. 284).

A evolução histórica do instituto da assistência judiciária com foco na gratuidade dos serviços e na prestação destinada ao atendimento dos mais necessitados foi estudada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, que denominaram o fenômeno de “ondas renovatórias de acesso à

Justiça”. Segundo os autores, a primeira onda foi a da assistência judiciária gratuita, que não só facilitou o acesso ao Judiciário, como também possibilitou que a parte economicamente mais fragilizada se mantivesse no processo judicial (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13). No Brasil, a primeira onda renovatória do acesso à justiça ganhou consistência jurídica com a entrada em vigor da Lei nº 1.060/50 e, mais de quarenta anos após, com a instituição da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, por meio da LCp nº 80/94.

Em tempo, no que concerne à chamada “primeira onda”, é imperioso diferenciar assistência jurídica de assistência judiciária. Isso porque o serviço de acesso à Justiça não se confunde apenas com a acessibilidade formal ao Poder Judiciário, ou seja, a assistência jurídica. Nas palavras de Cichocki Neto:

A expressão “acesso à justiça” engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enfoca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos. (2001, p. 46).

Com mais clareza e amplitude, Daniel Mourgues Cogoy explica que:

Quando se fala em “Educação para os Direitos”, deve-se ter em mente, primeiramente, que o comando constitucional previsto no art. 5.º, LXXV, da CF, determina que a assistência aos hipossuficientes implica em assistência jurídica e judiciária. Tradicionalmente se compreende a primeira como orientação a respeito de direitos, enquanto que a segunda significa o auxílio a ser prestado em todas as fases do processo judicial. (2012, p. 155).

No que diz respeito aos modelos de assistência judiciária surgidos no âmbito da primeira onda de Cappelletti e Garth (1988), tem-se quatro modelos centrais que atuam na prestação deste direito:

O modelo *Pro Bono* tem como escopo a prestação da assistência jurídica por advogados ou serviços de apoio jurídico sem que estes recebam qualquer contraprestação por parte do Estado. Poderá ser: *pro bono* liberal, quando os advogados e profissionais liberais atuarem em

regime assistencial sem receber contraprestação estatal ou remuneração por parte do cliente ou condicionando o pagamento de honorários ao final do litígio (sistema de *contingency fee* ou *condicional fee*); *pro bono* universitário, quando a assistência jurídica for prestada por universidades e profissionais a elas vinculados, possibilitando aos seus estudantes a prática jurídica necessária para a complementação de seus estudos e ao próprio exercício da advocacia; ou o *pro bono* associativo, prestada por advogados vinculados a associações governamentais, sem fins lucrativos, que possuem o objetivo de garantir a assistência jurídica aos necessitados, tais como a Comissão Pastoral da Terra – CPT e o Conselho Indigenista Missionário - CIM.

No modelo *Judicare* a assistência judiciária é prestada por advogados particulares, mas com a devida remuneração e contraprestação pelo Estado na modalidade casuística (*ou case-by-case basis*), isto é, por cada caso concreto trabalhado. Neste modelo é da responsabilidade do Estado a análise da condição do necessitado devendo este, posteriormente, eleger o profissional liberal que irá patrocinar a sua causa, dentre aqueles autorizados pelo órgão público ou previamente cadastrados. O modelo *Judicare* pode ser dividido em direto, quando o gerenciamento dos recursos públicos é realizado diretamente por organismos estatais que mantêm um cadastro de advogados habilitados para prestar o serviço ou indireto, quando realizado por entidades não governamentais, via de regra sem finalidade lucrativa, que coordenam a assistência jurídica gratuita e mantêm em seus cadastros advogados particulares para prestar o serviço.

O terceiro modelo é o *Salaried Staff*, onde a assistência judiciária é realizada por profissionais contratados pelo próprio Estado, recebendo remuneração fixa por um período mensal de trabalho independentemente da carga de serviços, do número de processos ou das tarefas assumidas. Este foi o modelo adotado no Direito brasileiro e que teve um interessante processo evolutivo no ordenamento jurídico desde a edição do decreto nº 2.457/1897 até alcançar o formato hoje conhecido como Defensoria Pública, diante da obrigação constitucional contida no artigo 5º, LXXIV, e no artigo 134. Cabe ressaltar ainda a edição da EC n. 45/04, conhecida como Reforma do Judiciário, que assegurou expressamente às Defensorias Públicas estaduais autonomia institucional, funcional, administrativa e financeiro-orçamentária.

Por fim, há o modelo Híbrido ou Misto, em que a assistência judiciária é realizada por uma reunião dos três modelos anteriores numa relação de complementaridade. Daniel Mourgues

Cogoy, comentando acerca das transformações na dinâmica da assistência judiciária, aduz que:

O conceito de assistência judiciária gratuita sofreu as consequências de uma nova mudança de paradigma constitucional com o advento do modelo de “Estado Democrático Social”, no qual há que se conceber o Estado dentro de uma realidade de solidariedade social, necessidade de proteção aos interesses difusos e coletivos, e respeito à complexidade de uma sociedade multifacetária (2012, p. 142).

Neste ínterim surge a chamada segunda onda renovatória de acesso à Justiça, centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos e forçando uma reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 18). A preocupação da segunda onda resultou da incapacidade de o processo civil tradicional, de cunho individualista, servir para a proteção dos direitos ou interesse difusos ou também chamados de coletivos, vez que o processo civil sempre foi visto como campo de disputa entre particulares. “Tal onda renovatória permitiu a mudança de postura do processo civil que, de uma visão individualista, funde-se em uma concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos direitos públicos e relativos a interesses difusos” (MELLO, 2010, p. 23).

Ao seu turno, o próprio Mauro Cappelletti explica o conceito da segunda onda:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. (...) A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos (1988, p. 48).

Deste modo, a legislação de diversos países teve que se adaptar à possibilidade de entidades não estatais possuírem legitimidade para postular em juízo, seja representando uma categoria em ações que versassem sobre direitos coletivos ou uma coletividade indeterminada em ações que tratassem de direitos difusos. Como exemplos desta adaptação legislativa em contexto brasileiro, tem-se a edição da Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, da Lei de Ação Civil Pública - Lei nº 7.347/85 e do Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, além da incumbência constitucional ao Ministério Público de proteger os interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

No Brasil ainda podemos apontar a Ação Popular, apresentada pela Constituição Federal de 1934 e regulada pela Lei nº 4.717/65, com alcances ampliados pela atual Constituição de 1988. Outro importante instrumento é a Ação Civil Pública, inaugurada no ordenamento pela Lei nº 347/85 e também recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Esta ação visa amparar o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como qualquer outro interesse indivisível, seja ele difuso ou coletivo. Há também o Mandado de Segurança Coletivo, que possui as mesmas finalidades do individual, mas permite a tutela coletiva do direito líquido e certo que porventura esteja sob violação ou ameaça.

Na terceira onda estudada por Cappelletti e Garth, houve a preocupação no aprimoramento das técnicas processuais e dos seus operadores, tendo como foco garantir uma maior capilaridade no acesso e efetivação da Justiça. Deste modo, deu-se o fortalecimento dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Estas alternativas para escapar ao método tradicional de resolução de conflitos, e que vieram com a terceira onda, podem ser sintetizadas nas palavras dos dois estudiosos:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso à justiça (1998, p. 67).

Deste modo, o advento da Lei nº 9.099/95 no ordenamento jurídico pátrio, que instituiu os Juizados Especiais, foi fundamental para a resolução de litígios com mais celeridade e menos formalismo, conforme se verifica no texto de seu art. 2º. Assim, os Juizados Especiais foram criados não apenas para desafogar o judiciário, mas também para possibilitar o acesso à Justiça nos casos de menor complexidade, incluindo aqueles passíveis de serem marginalizados pela estrutura judiciária tradicional por tratar de lides advindas de pessoas sem condições de serem representadas por advogados particulares, por exemplo.

Estas *ondas* conceituadas por Cappelletti e Garth revelam a necessidade de o Estado garantir a universalização do acesso à Justiça, enquanto modo de reparação das disparidades sociais e alternativa para a população exigir do Poder Público a concretização dos objetivos fundamentais expressos na Constituição Federal. Há de ser destacado que sem o acesso à Justiça por parte de seus jurisdicionados, o Estado incorreria numa postura autoritária que poderia facilmente estimular abusos por parte de seus agentes. É salutar, portanto, que o Judiciário esteja em constante processo de reformulação e readaptação às peculiaridades destes novos tempos, acompanhando de perto os processos de desenvolvimento da sociedade em seus mais diversos planos de existência, mantendo-se vigilante a quaisquer tentativas de dificultar o acesso à Justiça por parte da população, sobretudo os menos afortunados.

Neste sentido, Cappelletti e Garth pontuam que:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (1988, p. 8).

Em complemento, Fernando Pagani Matos aduz que:

A expressão “acesso à Justiça” é objeto de várias conceituações, podendo significar desde acesso aos aparelhos do poder judiciário, simplesmente, até o acesso aos valores e direitos fundamentais do ser humano. A segunda, por ser mais completa e abranger a primeira, sugere ser a mais adequada. Trata-se, não obstante a importância dos aspectos formais do processo, de um acesso à justiça que não se

esgota no judiciário, mas representa também, e primordialmente, o acesso a uma ordem jurídica justa (2009, p. 60).

Vê-se, portanto, que o acesso à Justiça trata-se de uma premissa essencial para a concretização dos objetivos fundamentais da República, colocando o Judiciário numa inevitável posição de destaque toda vez que for provocado para conhecer e resolver as omissões e insuficiências dos demais Poderes. Neste sentido, a crítica ao ativismo judicial torna-se inócua quando não considera que o Judiciário age com esta interferência por causa da apatia do Legislativo e do Executivo, que por vezes prejudica demasiadamente a vida de milhões de pessoas que não encontram a quem recorrer, senão ao próprio Judiciário.

Outro ponto de fundamental importância é o próprio texto constitucional que está repleto de princípios e trata de temas relacionados aos mais diversos grupos e atores sociais, incluindo o próprio Estado em toda sua complexa estrutura. Sendo o STF o tribunal destinado à proteção da Constituição Federal, como esperar dos seus membros uma atuação contida e sem interferência nos demais Poderes ou no próprio ordenamento jurídico? A solução para este suposto problema é exigir que o Legislativo e o Executivo desempenhem suas funções típicas com vistas à concretização dos objetivos fundamentais da República, e em atenção plena ao conteúdo constitucional, fenômeno que nem sempre se manifesta de modo concreto e efetivo.

Deste modo, garantir que a população tenha acesso à Justiça de modo facilitado e célere, sobretudo quando existirem condições socioeconômicas impeditivas ou ameaçadoras ao exercício deste importante direito, é obrigação indisponível do Estado, que deve estar em constante evolução, seja através do fortalecimento das instituições essenciais ao funcionamento da Justiça, seja pelo modo como o próprio Estado, através de seus julgadores, encaram as situações levadas para conhecimento e deliberação, devendo alinhar a sua cognição no processo e a fundamentação de sua decisão com os preceitos constitucionais e legais.

Quando não houver este tipo de atuação do Poder Judiciário, lastreado nos instrumentos legais do ordenamento jurídico, deve-se verificar primeiramente se há ausência de norma ou de lei que trate da matéria discutida, ocasião que ainda assim não eximirá o juiz de exercer a

sua competência, conforme comentado mais acima. Por outro lado, diante de omissões e insuficiências não justificadas por parte de membros dos demais Poderes, o Judiciário deverá solucioná-las ou supri-las a depender de cada caso e da possibilidade ou método que o julgador encontrar para resolver a questão. Assim, nenhuma destas duas atuações irá caracterizar o ativismo judicial definido conforme alguns autores que enxergam o fenômeno como algo totalmente nocivo ao Direito. Trata-se, em verdade, de uma atitude bem vinda e que pode colaborar imensamente para a concretização dos objetivos delineados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

## 5. CONCLUSÃO

Viu-se neste trabalho que o ativismo judicial está associado 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 Poderes. Não obstante, em sua origem o ativismo judicial relacionava-se mais com a forma com que era aplicada a decisão do que com a matéria discutida, fazendo oscilar a natureza das decisões (se conservadoras ou progressistas). Mesmo que tenha surgido da experiência jurídica norte-americana, vez que a *common law* era um terreno fértil para a atuação política dos juízes, não se deve deixar de compreender que, atualmente, mesmo no *civil law*, os juízes sejam considerados agentes políticos e corresponsáveis pela implantação do projeto político delineado na Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e tribunal constitucional do país, representa a maior parcela da postura ativista no Judiciário brasileiro, mormente as reservas feitas pela atual Constituição Federal e o papel precípua de guardá-la. Do mesmo modo, o surgimento do controle abstrato de constitucionalidade deu substancial acréscimo no rol de legitimados ativos que hoje se encontram previstos no art. 103 do texto constitucional, ampliando ainda mais a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e às medidas sociais. Apesar das críticas apontarem para uma ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento da função legislativa e da função de administrativa verificou-se que, na existência de omissão ou insuficiência dos demais Poderes, o Judiciário tem o dever de agir.

Daí se faz necessário a distinção entre controle judicial, judicialização da política e ativismo judicial. O controle judicial é um caminho possível para se obter a resposta estatal face uma transgressão na atuação dos outros Poderes, seja pela inércia na aplicação de políticas voltadas para satisfação dos objetivos fundamentais da República ou de outros preceitos constitucionais, bem como a prática de atos incompatíveis com os fins do Estado. Esta medida depende de um arcabouço legal, isto é, de normas em que a atuação do Judiciário esteja baseada, não podendo haver criação de alternativas incompatíveis com o ordenamento jurídico. No campo das políticas públicas, por exemplo, o controle judicial acontece com fins à consecução de algum objetivo delineado politicamente, que por sua vez esteja orientado por uma lei.

Judicialização da política é o termo que o professor Luís Roberto Barroso chama de “judicialização da vida” e significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, que seriam o Congresso Nacional e o Poder Executivo. O fenômeno acontece porque estas instâncias se omitem na discussão de tais questões ou decidem sobre elas de modo incoerente com os anseios da população, levando o Judiciário a cumprir com o papel de última instância na deliberação de diversos temas complexos e delicados.

O ativismo judicial, por sua vez, seria uma atitude do magistrado, isto é, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, e que normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo e do descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Mas o ativismo não pode ser uma escolha cega e inconsciente do agente que julga, como se estivesse criando arbitrariamente o Direito, munido da mesma legitimidade legiferante conferida aos agentes políticos eleitos pela via democrática. Assim, o juiz dito ativista deve verificar a base principiológica da sua decisão e avaliar se esta é necessária à satisfação de um direito inescapável da atuação estatal através da qual ele, agente político, manifestará sua parcela de poder.

Ademais, a atitude ativista do juiz não se manifestará sem antes haver a pretensão do autor, tampouco será imposta diante de uma norma jurídica cujo sentido esteja completo. Não há que se confundir ativismo judicial com despotismo judicial. Toda e qualquer conduta do magistrado deve estar embasada em preceitos legais consubstanciados nas normas que informam o ordenamento jurídico pátrio. Isto porque são tempos de constitucionalismo

democrático e o Poder Judiciário também deve participar ativamente da construção da democracia na medida em que sirva de espaço para que grupos não majoritários exponham seus pensamentos e proponham demandas as quais, em primeira análise, teriam grande dificuldade de serem atendidas pelos demais poderes.

Noutro ponto, viu-se que a efetividade das normas programáticas é defendida por autores consagrados, ainda que as mesmas dependam de outras medidas para gerarem efeitos concretos. Tais normas, no mínimo, informam, orientam e balizam condutas e decisões de administradores, legisladores e juízes. Elas também restringem o raio de atuação do Poder Público fazendo com que a discricionariedade destas autoridades esteja dentro do projeto político idealizado pela própria Constituição. Deste modo, não há razões para se falar de ativismo judicial como uma atitude arbitrária e aleatória, que dá ao juiz poderes ilimitados e os torna capazes de interferir sem escrúpulos nos demais Poderes. Existem sim limites legais mesmo na postura ativista que alguns julgadores encontram como método de decidir a lide.

Nada obstante, dados expostos revelaram que o Brasil ainda possui uma forte concentração de riquezas, evidenciada nas disparidades materiais entre classes sociais e nas distorções econômicas e estruturais das regiões políticas administrativas. Também revelaram que o Estado não consegue oferecer um mínimo existencial a milhões de brasileiros, fazendo aumentar a distância entre a efetividade de políticas públicas e a concretização dos objetivos fundamentais da República. Sendo a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais alguns destes objetivos estabelecidos no artigo 3º da atual Constituição, torna-se necessário a garantia de um mínimo existencial às pessoas em situação de pobreza e extrema pobreza.

De mais a mais, no Estado Constitucional de Direito o Poder Judiciário exsurge diante dos demais Poderes em posição de igualdade e está legitimado para conhecer das políticas públicas necessárias para a concretização do projeto político da Carta Constitucional, servindo como um canal entre a população e os agentes públicos responsáveis pela criação e execução destas políticas. Isto porque, além do compromisso constitucional estabelecido através da promulgação deste instrumento jurídico fundamental para a orientação política da nação, a própria manutenção e existência do Estado através da arrecadação tributária impõem prestações positivas deste ente simbólico que, ao cabo, tem na sua manifestação material os próprios agentes públicos que o compõem.

Verificou-se então que o papel do Judiciário perpassa pela fiscalização da implementação de políticas públicas, porém não como Poder ou instituições que promovam a fiscalização comissiva, *ex officio*, e sim como espaço aberto e disponível para que legitimados competentes e jurisdicionados levem omissões e insuficiências no cumprimento do projeto político delineado na Constituição Federal à apreciação da própria estrutura estatal. Deste modo, tratando-se da não observância dos meios indispensáveis à consecução dos objetivos fundamentais da República, o Poder Judiciário, provocado pelas instituições essenciais ao funcionamento da Justiça, bem como da própria população e da sociedade civil organizada, tem o dever de agir em prol da supremacia do texto constitucional. Ao cabo, sem o acesso à Justiça por parte dos seus jurisdicionados, o Estado incorreria numa postura autoritária que poderia facilmente estimular abusos por parte de seus agentes.

Deste modo, se o jurisdicionado se sente pequeno diante das estruturas da Justiça e, não raramente, deixa de lado a sua luta pelo Direito, é porque existem falhas no acesso aos serviços deste Poder que terminam alimentando uma cultura de descrédito por parte da população.

O Estado, por sua vez, ente de superpoderes e que detém mecanismos necessários para transformações reais na vida das pessoas, tende a se manter inerte diante de situações de escrachante miséria e a imutabilizar o fosso social entre classes. É certo que tal cenário poderia ensejar diferentes reações por parte da população que se sente lesada ou abandonada pelo Leviatã, inclusive ocasionando protestos sangrentos e ações de vandalismo, chegando até mesmo a uma guerra civil. Apesar disso, os frutos do Estado Democrático de Direito, que abarca princípios fundamentais para a manutenção da espécie humana, como a segurança jurídica e a legalidade, ainda sobrepõem-se aos de outros modos de organização (ou desorganização) no inconsciente coletivo de nossa sociedade.

É nesta perspectiva que o Judiciário deve se encaminhar para ter uma maior aproximação com a população, enquanto canal de diálogo e salvaguarda de direitos, estando vigilante para conhecer das demandas levadas aos seus membros julgadores e aplicando o Direito de modo pleno. Ainda que tenha de criar a lei ou mesmo executar uma política pública em situações excepcionabilíssimas, o Judiciário não deve se abster de agir porque a confiança que lhe foi depositada tem envergadura constitucional e qualquer afronta a este dever é uma autodestruição do próprio corpo da magistratura. Por isso mesmo o Judiciário (e os outros

Poderes) deve recuperar seu prestígio perante a população, orientando-se para a concretização dos objetivos fundamentais da República com o fito de desenvolver a sociedade brasileira de modo justo e solidário.

O ativismo judicial pautado no estrito cumprimento das normas constitucionais e respeitoso aos princípios republicanos, portanto, não pode ser visto como um desequilíbrio da ordem jurídica, mas como uma necessidade política, isto é, um estilo de atuação daquele julgador comprometido com o projeto político delineado na Lei Maior. De resto, defensores, promotores e advogados são indispensáveis para levarem as questões e casos ao Judiciário, provocando a atuação de seus membros e contribuindo para a materialização de direitos dos jurisdicionados. Trata-se de uma complexa estrutura que existe em prol da sociedade, principalmente dos mais necessitados, e que não pode ser utilizada para perpetuar as disparidades sociais e aprofundar o sentimento de impotência dos cidadãos comuns, devendo orientar-se na busca da concretização dos objetivos fundamentais da República.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente à concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível; in *Estudos de direito constitucional*. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.

BARROS, Maurício. Efetivação de direitos sociais por instrumentos fiscais e financeiros. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2013. Orientador: José Maria Arruda de Andrade. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*. p. 73-84. Rio de Janeiro, jul/set.1994.

\_\_\_\_\_. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid (2009), p. 17-32.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch. The supreme court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos avançados*, p. 127-150. *Revistas USP*, v. 18, n. 51. 2004.

BREUS, Thiago Lima. *POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL: A*

Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná, 2006.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. Direito, Estado e Sociedade. Revista de Direito da PUC n.38 p. 154 a 180 jan/jun 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Tese (Doutoradoem Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. Orientador: Kazuo Watanabe.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da Justiça Constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 20, p. 112-125. Outubro/2001.

CRISTIANETTI, Jessica; REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes do. Minimalismo, constitucionalismo democrático e o refluxo social em Roe Rage. 1º ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 242-257.

DE MORAIS, José Luís Bolzan; BRUM, Guilherme Valle. Estado social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte, ano 16, n. 63. p. 112-127 2016.

DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes. Minimalismo judicial: alternativa democrática de atuação do poder judiciário em uma sociedade pluralista a partir da perspectiva de Cass R. Sunstein. 2009. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

FERRAJOLI, L. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução A. P. Z. Sica. F. H. Choukr. J. Tavares. L. F. Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva. Rio de Janeiro, 2005.

FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-

Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.2, 2º quadrimestre de 2018.

FRANÇA, Phillip Gil. A adequada tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário como instrumento de promoção e realização dos objetivos fundamentais da república brasileira - fundamentos e contornos da ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS. 2011. Orientador: Carlos Alberto Molinaro.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Eds.). Courts and social transformation in new democracies. Aldershot: Ashgate, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Poder Judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). O judiciário e a constituição. São Paulo: Saraiva, 1994.

HART, Hebert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Tradução de A. O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. 1.ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

KMIEC, Keenan D. The origin and the current meaning of "judicial activism". California Law Review, vol. 92, p. 32-47. 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social". Tese apresentada à IX Conferência Nacional da OAB. p. 19. Florianópolis. 1982.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição, com a Emenda n. 37 de 1969, tomo I, São Paulo, Ed. RT, 1969.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. Revista de informação legislativa, v. 40, n. 159, p. 47-59, jul./set. 2003 | Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 98, p. 291-311. 2003.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Ativismo judicial, moderação e o minimalismo judicial de Cass Sunstein. In: XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2007, Campos dos Goytacazes. Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. v. único. p. 1384-1404.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de; MENDES, Fernanda Ferreira (2018): “Backlash na teoria do constitucionalismo democrático e na teoria do minimalismo judicial”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (enero-marzo 2018).

OLSEN, Ana Carolina. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná, 2006.

PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. Columbia Law Review, v. 100, p. 327-369. 1991.

POST, Robert and SIEGEL, Reva. “Democratic Constitutionalism”. In: BALKIN, Jack & SIEGEL, Reva. The Constitution in 2020. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, J. Political Liberalism. New York. Columbia University Press, 2005.

RAWLS, J. Justice as Fairness: a restatement. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. Artigo acadêmico. In: Paula Arruda. (Org.). Direitos Humanos: questões em debate. 1ed. Rio de Janeiro: Luman Juris, 2009, v. , p. 141-182.

SILVA, Bruno Miola da. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo Judicial: uma análise dos reflexos dessa Prática no judiciário brasileiro. Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: 241-260, jan./jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, p. 132-145. 1º quadrimestre de 2013.

STRECK, L. L. Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico. Acesso em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 08.04.2019.

SUNSTEIN, Cass R. Foreword: Leaving things undecided. Harvard Law Review p. 441-463, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001b.

SUNSTEIN, Cass. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Harvard: Harvard University Press, 1999.

TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado). Unisinos, 2012.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 01, p.102-119 Fev/2017.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2012.

TORRES, Ricardo de Lobo. Direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. R. Dir. adm., Rio de Janeiro, pp. 29-49. jul/set. 1989.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais