



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

BRUNO FREIRE MOURA

**ATIVISMO JUDICIAL E EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: LIMITES,
MECANISMOS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

São Cristóvão/SE

2023

BRUNO FREIRE MOURA

**ATIVISMO JUDICIAL E EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: LIMITES,
MECANISMOS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada à banca de avaliação do Mestrado em Direito, na linha de pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações sociais e Empresariais, e na Área de Concentração da Constitucionalização do Direito, da Universidade Federal de Sergipe, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana de Aboim Machado.

São Cristóvão/SE

2023

BRUNO FREIRE MOURA

**ATIVISMO JUDICIAL E EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: LIMITES,
MECANISMOS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Autor: Bruno Freire Moura

Orientadora: Profa. Dra. Luciana de Aboim Machado

A banca examinadora, composta pelos membros abaixo, aprovou este trabalho:

Profa. Dra. Luciana de Aboim Machado

Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS)

Presidente

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr

Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Examinador Externo

Profa. Dra. Viviane Coelho de Sello-Knoerr

Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Examinador Externo

“Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos.”

(Stephen Holmes e Cass Sustein)

À minha mãe, Maria Eliezita Freire, e a meu amigo Aluizio Marques, por todo o suporte, apoio e dedicação a mim dispensados ao longo desta árdua jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelos dons da vida, da fé e da perseverança.

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais, Maria Eliezita Freire e Claudivan Almeida Moura, por todo amor, sacrifício e dedicação.

Agradeço ao meu amigo Aluizio Marques, por todo companheirismo e compreensão.

Agradeço aos meus professores e colegas do Mestrado de Direito da UFS, por todo o aprendizado adquirido ao longo desta enriquecedora especialização.

Agradeço, especialmente, a minha professora e orientadora, Luciana de Aboim Machado, pela oportunidade e confiança depositadas em mim.

Enfim, a todos aqueles que me ajudaram direta ou indiretamente, o meu muito obrigado.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o fenômeno do ativismo judicial, a judicialização de políticas públicas e os desafios jurídicos e institucionais para garantia da eficácia dos direitos sociais. Ao longo deste trabalho, analisar-se-ão os impactos da nova abordagem acerca da separação dos poderes, além das novas técnicas de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais na atuação judicial em matéria de direitos sociais, perquirindo sobre seus limites, mecanismos e legitimidade democrática. A transição do Estado liberal para o Estado social inaugurou uma nova gama de direitos e obrigações socioeconômicas, exigíveis em face do poder público, as quais foram positivadas nas constituições e em acordos internacionais, possibilitando a sua justiciabilidade. Outrossim, tal qual o próprio papel do Estado, a atividade judicial foi alterada sensivelmente com o avançar dos anos, especialmente com a assimilação de novas teorias jurídicas e filosóficas, com destaque para o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo. Assim, de uma discreta e restrita função burocrática, a atividade judicial foi alçada a uma das protagonistas da concretização e efetivação dos direitos fundamentais. A hipótese central desta pesquisa consiste no fato de que, para ser legítima, a referida atividade deve se dar nos estritos limites da legalidade, sob pena de macular a adequada e salutar judicialização dos direitos sociais, degenerando-a em ativismo judicial, entendido como o exercício discricionário, desviante e ilegítimo da jurisdição. Destarte, utilizando-se da metodologia hipotético-dedutiva, com procedimentos de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental, buscou-se demonstrar que, a fim de conciliar a legítima exigibilidade judicial dos direitos sociais com a preservação do regime democrático e a separação dos poderes, faz-se necessária a adoção de mecanismos teóricos e institucionais de controle e cooperação sobre a atividade judicial, com destaque para a proporcionalidade e a razoabilidade; a autocontenção e a *accountability*; os diálogos constitucionais/institucionais; e o custo e a sustentabilidade dos direitos sociais.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Justiciabilidade. Legitimidade. Eficácia dos Direitos Sociais.

ABSTRACT

This research aims to analyze the phenomenon of judicial activism, the judicialization of public policies and the legal and institutional challenges to guarantee the effectiveness of social rights. Throughout this work, the impacts of the new reading on the separation of powers will be analyzed, in addition to the new techniques of interpretation and application of fundamental rights in judicial action in terms of social rights, inquiring about their limits, mechanisms and democratic legitimacy . The transition from the liberal State to the Social State inaugurated a new range of socioeconomic rights and obligations, enforceable in the face of the public power, which were positive in the constitutions and in international agreements, enabling their justiciability. Furthermore, just like the role of the State itself, judicial activity has changed significantly over the years, especially with the assimilation of new legal and philosophical theories, with emphasis on neoconstitutionalism and post-positivism. Thus, from a discreet and restricted bureaucratic function, the judicial activity was elevated to one of the protagonists of the materialization and effectiveness of fundamental rights. The central hypothesis of this research consists of the fact that, in order to be legitimate, the aforementioned activity must take place within the strict limits of legality, under penalty of tarnishing the adequate and healthy judicialization of social rights, degenerating it into judicial activism, understood as the discretionary, deviant and illegitimate exercise of jurisdiction. Thus, using the hypothetical-deductive methodology, with bibliographical, jurisprudential and documentary research procedures, it was sought to demonstrate that, in order to reconcile the legitimate judicial enforceability of social rights with the preservation of the democratic regime and the separation of powers, it is necessary to adopt theoretical and institutional mechanisms of control and cooperation over judicial activity, with emphasis on proportionality and reasonableness; self-restraint and accountability; constitutional/institutional dialogues; and the cost and sustainability of social rights..

Keywords: Judicial activism. Justiciability. Legitimacy. Effectiveness of Social Rights.

LISTA DE SIGLAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

art. - Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CPC – Código de Processo Civil

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

ed. – Edição

MS – Mandado de Segurança

n. - Número

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU - Organização das Nações Unidas

Org. - Organizador

p. - Página

PIDCP - Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC - Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

v. - Volume

vs. - Versus (Contra)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 MARCOS TEÓRICOS PARA COMPREENSÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: SEPARAÇÃO DOS PODERES, NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO.....	6
1.1 A teoria da separação dos poderes	6
1.2 Uma nova abordagem acerca da teoria da separação dos poderes: as contribuições de Bruce Ackerman e Jeremy Waldron	23
1.3 O neoconstitucionalismo e o pós-positivismo	33
1.3.1 O papel do Judiciário diante do neoconstitucionalismo	36
1.3.2 O pós-positivismo e seus reflexos na atuação judicial.....	51
2 O RECONHECIMENTO DA JURIDICIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E SEUS REFLEXOS JUDICIAIS	73
2.1 Do Estado liberal ao Estado social	73
2.2 O constitucionalismo social e seus reflexos no Poder Judiciário	78
2.3 Os desdobramentos judiciais do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais	91
2.4 O reconhecimento internacional dos direitos sociais e seu reflexo na atividade judicial.....	96
2.5 Novas técnicas judiciais para garantia da eficácia dos direitos sociais: mínimo existencial e vedação ao retrocesso social	108
3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	119
3.1 A distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.....	119
3.2 A judicialização dos direitos sociais	126
3.3 Ativismo judicial	134
3.3.1 Conceito e origens.....	134
3.3.2 Caracterização do ativismo judicial.....	142

3.3.3 Modalidades de ativismo judicial e críticas ao seu exercício.....	157
4 MECANISMOS INSTITUCIONAIS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E CORREÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS ATIVISTAS.....	180
4.1 Proporcionalidade e razoabilidade como técnicas judiciais para garantia da eficácia dos direitos sociais	180
4.2 A importância da análise do impacto econômico nas decisões judiciais concessivas de direitos sociais: o custo e a sustentabilidade dos direitos sociais.....	190
4.3 A aplicação judicial dos direitos sociais à luz dos diálogos constitucionais/institucionais	210
4.4 <i>Self-restraint</i> e <i>accountability</i> das decisões judiciais.....	223
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	239
REFERÊNCIAS	244

INTRODUÇÃO

O reconhecimento jurídico-político dos direitos fundamentais não é um processo recente, nem homogêneo, remontando suas origens ao constitucionalismo primitivo. Assim, ao longo dos séculos, maturou-se um complexo sistema de proteção de direitos que culminou no atual estágio de evolução dos direitos humanos, tanto na ótica nacional, quanto na internacional.

O estabelecimento do Estado de Direito, em contraposição ao Estado absolutista do *ancien régime*, foi contemporâneo ao constitucionalismo moderno, marcado pela tônica do liberalismo político e econômico, com destaque à proteção do livre mercado e da propriedade privada e dos direitos negativos em geral, também conhecidos como direitos civis e políticos, ou ainda, direitos de primeira geração ou dimensão.

A visão de Estado do constitucionalismo moderno era eminentemente absenteísta, reservando a ele o papel de garantidor das liberdades civis e da segurança nacional. Em grande parte, tal perspectiva é fruto do individualismo burguês, característico do liberalismo mais primitivo. Somado à garantia dos direitos negativos, o cânone dessa fase do constitucionalismo abrangia ainda outra grande preocupação, a contenção do poder do Estado. Nesse contexto, foi engendrada a moderna teoria da separação dos poderes, partindo da visão de que a distribuição das competências estatais entre diferentes instâncias seria a melhor forma de evitar a concentração de poderes, característica do regime absolutista.

Com o advento da revolução industrial e da urbanização, o modelo liberal de Direito e de Estado foi paulatinamente cedendo espaço a novas concepções jurídicas e políticas, tendo o processo sido acelerado pelo advento da Primeira Guerra Mundial, culminando no chamado Estado Social. Ao contrário do seu antecessor, esse regime político-constitucional não se limitou ao reconhecimento de direitos negativos, na medida em que passou a atribuir de forma expressa ao Estado, por meio de suas legislações, sobretudo suas constituições, a responsabilidade pela prestação de direitos positivos, também chamados de direitos sociais e econômicos, ou ainda direitos de segunda geração ou dimensão, como trabalho, saúde, educação e assistência social.

Essa fase social não consistiu numa ruptura com o modelo liberal de Estado e de constituição, mas numa evolução dele, na medida em que os direitos clássicos, sobretudo os direitos de propriedade e de produção capitalista, permaneceram protegidos pelo aparato jurídico-estatal. A eles, apenas, foram acrescentados novos direitos, os quais, geralmente, demandam ações e gastos estatais diretos.

As constituições pioneiras desta fase social foram a alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar, e a mexicana de 1917. Ambas tinham em comum a previsão de limitações ao exercício dos direitos clássicos de propriedade, além da previsão de obrigações estatais com vistas à garantia da igualdade material. No Brasil, a primeira constituição de viés social foi a de 1934, todavia de curta duração. Posteriormente, a Constituição de 1946, também de curta vigência, resgatou o ideário social, o qual, chegou ao ápice de desenvolvimento com a atual Constituição de 1988, a qual trouxe um extenso rol de direitos e garantias sociais, além da importante previsão da aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF/88).

No plano internacional, igualmente, a preocupação com os direitos econômicos e sociais não foi olvidada, tendo sido alvo da edição de diversos acordos internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), elaborado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, e o Protocolo de San Salvador, firmado em 1999, no âmbito do sistema regional americano de direitos humanos.

Um dos principais desdobramentos da previsão expressa, tanto em documentos nacionais quanto internacionais, de direitos sociais é a sua exigibilidade pela via judicial. Tal fato consiste atualmente num dos principais focos de tensão na separação entre os Poderes do Estado, na medida em que arrastou para o campo judicial matérias outrora restritas ao campo da política.

Além do fenômeno da judicialização dos direitos sociais, o Judiciário brasileiro foi impactado, sob os pontos de vista teórico e filosófico, pelo neoconstitucionalismo e pelo pós-positivismo. Apesar de algumas semelhanças, como o reconhecimento das limitações e da necessidade de superação do modelo positivista exegético, os dois marcos teóricos não se confundem. O primeiro consiste numa leitura do Direito à luz da Constituição, pautado no reconhecimento da supremacia dos direitos fundamentais e do seu caráter eminentemente principiológico, com destaque para o da dignidade da pessoa humana, e da sua guarda pelas

cortes constitucionais. De outra banda, o segundo se traduz numa teoria jusfilosófica pautada na distinção entre texto e norma, na superação do modelo interpretativo silogístico e na vedação do decisionismo judicial.

A judicialização dos direitos fundamentais e os reflexos teóricos do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo contribuíram para o reconhecimento da necessidade de superação da visão clássica da Teoria da Separação dos Poderes, na medida em que o novo papel constitucional reservado ao Judiciário exige dele uma postura proativa, diferente da visão do positivismo exegético do juiz como “boca da lei”. Hodiernamente, os juízes são tidos como criadores do Direito, por meio do processo de interpretação/aplicação das leis, afastando-se da arcaica posição segundo a qual caberia ao magistrado a tarefa de buscar a vontade da lei e do legislador.

O reconhecimento dos juízes como criadores do Direito, contudo, não lhes outorga a prerrogativa de ignorar ou substituir os diplomas legais elaborados pelo Legislativo, ou ainda de se sobrepor às decisões administrativas do Poder Executivo, ambos formados pelos representantes populares democraticamente eleitos. Nesta zona de tensão entre a legítima preocupação com a efetivação dos direitos sociais e a garantia do princípio da separação dos poderes estão localizados os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, os quais não podem ser confundidos. O primeiro é um legítimo desdobramento da exigibilidade dos direitos fundamentais, enquanto direitos imperativos, já o segundo, é uma postura incompatível com o regime jurídico-democrático brasileiro, por se dar ao arrepio dos limites das competências constitucionais reservadas a cada um dos poderes da República.

Com o presente trabalho, busca-se analisar criticamente a tensão entre o mandamento constitucional da efetivação dos direitos sociais, sobretudo pela via judicial, e a observância da autonomia dos Poderes Legislativo e Executivo na elaboração e execução de políticas públicas sobre direitos sociais, com o fito de garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais e a preservação do princípio democrático. Nesse mister, faz-se necessário a análise de instrumentos que permitam, de um lado, a salvaguarda do núcleo fundamental dos direitos sociais, como o mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social, e, de outro, a preservação do pacto republicano e da sustentabilidade orçamentária do Estado, guiando-se pela proporcionalidade e pela razoabilidade das prestações judicialmente exigíveis.

O presente trabalho parte da hipótese de que a exigibilidade judicial é um instrumento legítimo para garantia da eficácia dos direitos sociais, tanto sob o ponto de vista constitucional, quanto dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro. Todavia, parte-se do princípio de que a judicialização dos direitos sociais não pode ser tomada como um direito absoluto, devendo ser conjugada com os parâmetros da razoabilidade das prestações pleiteadas, a sustentabilidade financeira do sistema estatal de proteção social e o respeito à separação e à autonomia dos Poderes do Estado.

No desenvolvido da pesquisa, empregou-se o método hipotético-dedutivo, a partir da consulta bibliográfica sobre o tema em estudo, como livros e artigos científicos, além do cotejo com decisões proferidas por tribunais superiores do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelas cortes constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos, além da consulta de diplomas legais, como constituições, leis ordinárias e decretos. Assim, valendo-se do raciocínio dedutivo, o tema foi trabalhado partindo-se de alguns marcos teóricos da atuação judicial brasileira (separação dos Poderes, neoconstitucionalismo e pós-positivismo), passando pela consagração dos direitos sociais em diplomas nacionais e internacionais, até chegar na garantia de sua exigibilidade judicial, enquanto instrumento para efetivação dos direitos sociais, sem, contudo, recair em ativismo judicial. Para tanto, foram desenvolvidos quatro capítulos e uma conclusão.

No primeiro capítulo serão expostos alguns marcos teóricos fundamentais para compreensão da atuação do Poder Judiciário na atual jurisdição constitucional brasileira. Assim, será abordada a Teoria da Separação dos Poderes, desde suas origens nos termos propostos por Montesquieu, até sua atual concepção, destacando-se as contribuições apresentadas por Jeremy Waldron e Bruce Ackerman. Ademais, será abordado o fenômeno do neoconstitucionalismo, expondo-o a partir dos seus marcos histórico, teórico e filosófico, com destaque para a supremacia da Constituição, do reconhecimento dos direitos fundamentais e da autoridade das cortes constituições. Por fim, será exposto o marco pós-positivista, apresentando as contribuições introduzidas pela Teoria Estruturante de Friedrich Müller, como a distinção entre texto e norma, e o papel do juiz como criador do Direito; além das contribuições de Hans-Georg Gadamer no campo da interpretação e da aplicação do Direito.

O segundo capítulo do trabalho abordará a juridicidade dos direitos sociais e seus reflexos judiciais. Para tanto, será analisada a transição do Estado liberal para o social, a

positivação dos direitos sociais nas constituições e em tratados e acordos internacionais, além dos seus desdobramentos no Poder Judiciário, notadamente no fenômeno da exigibilidade judicial dos direitos sociais. Por fim, serão abordados alguns institutos com vistas à efetivação dos direitos sociais: o mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social.

No terceiro capítulo serão analisados os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização dos direitos sociais, apresentando suas características e elementos diferenciadores. Quanto à judicialização dos direitos sociais, será exposta a sua legitimidade, enquanto instrumento jurídico nacional e internacional para efetivação dos direitos sociais, e seus principais óbices e desafios, como destaque para sua reduzida densidade normativa, o custo para sua implementação, a inadequação dos meios processuais tradicionais e a reduzida tradição política do reconhecimento da exigibilidade dos direitos sociais. Já sobre o ativismo judicial, será apresentado seu conceito, origem, características e modalidades. Por derradeiro, será feita uma breve exposição crítica a respeito do fenômeno do ativismo judicial em matéria de direitos sociais.

No quarto capítulo serão analisados alguns mecanismos institucionais para efetivação dos direitos sociais e contenção de decisões judiciais ativistas. Assim, serão abordados o emprego judicial dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade; e a importância da análise do custo dos direitos sociais e da sustentabilidade social; tratados como instrumentos de efetivação dos direitos sociais. De outra banda, sob o prisma da contenção ao ativismo judicial, serão analisados os institutos dos diálogos institucionais/constitucionais; e o emprego da *self-restraint* e da *accountability*, como mecanismos de controle interno e externo, respectivamente, para coibir eventuais excessos nas decisões judiciais que versem sobre direitos sociais.

No derradeiro capítulo, reservado às considerações finais, serão expostos os principais resultados obtidos com a pesquisa, notadamente os decorrentes do fato de que a nova abordagem acerca da separação dos poderes exige uma relação dialógica entre todas as esferas do Estado, de modo a buscar melhores níveis de eficácia para os direitos fundamentais.

1 MARCOS TEÓRICOS PARA COMPREENSÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: SEPARAÇÃO DOS PODERES, NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO

1.1 A teoria da separação dos poderes

O primeiro marco teórico para compreensão da atuação do Judiciário na atual quadra constitucional brasileira é a teoria da separação dos poderes.

Uma vez que o Estado é um só, o seu poder é uno, indivisível e não fracionável. Todavia, apesar de existir uma única soberania, convencionou-se empregar o vocábulo “poderes” para se referir às competências, funções e órgãos estatais. Isso se deve ao fato de o Estado desempenhar atividades múltiplas, comportando-se em situações distintas como administrador, legislador e julgador.¹

Ainda que seja da tradição constitucional brasileira aludir-se aos “poderes” do Estado, é importante registrar que o poder, enquanto manifestação objetiva de força da sociedade estatal, é uno e indivisível. Dividas são as funções do Estado a fim de torná-lo apto ao atingimento das finalidades que descrevem sua razão ontológica.²

A percepção dessa tríplice função do Estado não é contemporânea, sendo encontrada desde a filosofia helenista clássica, por exemplo, em A Política de Aristóteles. Todavia a construção de uma teoria que defenda sua separação em instituições diferentes só foi desenvolvida com robustez a partir da derrocada do Absolutismo e do surgimento do constitucionalismo liberal, no final do século XVIII.³

A partir das contribuições da filosofia política iluminista, especialmente a de John Locke, Montesquieu propôs a sua teoria da tripartição orgânica das funções estatais, ou teoria da tripartição dos poderes, sendo fruto da percepção de que somente o poder poderia limitar o poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*). Daí, extrai-se a principal contribuição de Montesquieu à teoria da separação de poderes, a divisão orgânica, caracteriza pela repartição funcional das distintas competências estatais entre órgãos diferentes e independentes entre si.⁴

¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 165.

² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 228.

³ Ibidem, p. 228.

⁴ Ibidem, p. 228.

Na França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a teoria da separação dos poderes saiu do campo estritamente filosófico e teórico, passando a ter reconhecimento político-jurídico. Nessa toada, o artigo 16 da referida declaração previa que: “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

A partir da leitura do dispositivo supra, nota-se o grau de centralidade e relevo da separação de poderes na construção do constitucionalismo francês. Com efeito, não poderia ser diferente. Em 1789 a França passou por uma convulsão sócio-política sem precedentes, refletida na derrubada do absolutismo monárquico, caracterizado especialmente pela concentração de poderes (funções executiva, legislativa e judiciária) numa mesma figura: o rei. Assim, o movimento de antagonismo a tal regime encontrou na repartição de funções estatais uma forma de minar o estabelecimento de um sistema político despótico e centralizador. Afinal, o poder do soberano só poderia ser limitado pelo próprio poder.

Do outro lado do Atlântico, em 1787, os recém-independentes Estados Unidos da América consagraram em sua constituição o mesmo ideário de separação de poderes. Em seus três primeiros artigos, a constituição americana definiu os órgãos e pessoas encarregadas de exercerem as funções legislativa (art. 1º), executiva (art. 2º) e judiciária (art. 3º). O contexto por que passou os Estados Unidos foi semelhante ao francês. Assim como na França, o constitucionalismo americano se deu como reação à centralização do poder da Coroa, no seu caso, a Inglaterra, e a afirmação de uma república soberana, democrática e liberal.⁵

Atentos ao esgarçamento do modelo absolutista europeu e aos perigos da concentração de poderes, os *founding fathers* americanos criaram um sistema político-jurídico pautado na diluição dos atributos do Estado em diversas esferas de competências. Na Constituição dos Estados Unidos, a função legislativa⁶ foi repartida em dois órgãos, Câmara e Senado, um representando os cidadãos e o outro os estados da federação, respectivamente. A função

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15-19.

⁶ Artigo I

Seção I: Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes.

Seção II: A Câmara dos Representantes será composta de membros eleitos bianualmente pelo povo dos diversos Estados, devendo os eleitores em cada Estado possuir as mesmas qualificações exigidas dos eleitores da Assembleia Legislativa mais numerosa do respectivo Estado.

Seção III: O Senado dos Estados Unidos será composto de dois Senadores de cada Estado, eleitos por seis anos pela respectiva Assembleia estadual, tendo cada Senador direito a um voto.

executiva⁷ é composta por um presidente e um vice, eleitos por delegados dos estados, cujo número varia de acordo com o número de deputados e senadores de cada ente da federação, respeitando as normas fixadas pelas legislaturas estaduais. Por fim, a função judiciária⁸ foi prevista para ser exercida por uma suprema corte e por tribunais a ela inferiores.

Para além da previsão expressa da separação de poderes no texto constitucional, o nascente movimento constitucionalista americano se preocupou com a legitimidade e a recepção popular do sistema jurídico inaugurado com a independência das Treze Colônias e a instituição da União. Um dos principais mecanismos empregados para tanto foi a edição dos *Federalists Papers* (Artigos Federalistas), uma coletânea de textos apologéticos do novo regime, encabeçada por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, o qual tinha por principal objetivo esclarecer aos cidadãos os principais pontos do novo sistema jurídico-político, dos quais, sem dúvida, insere-se a separação de poderes.

Nessa toada, o artigo XLVII da referida obra declara que:

(...) O acúmulo de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania. Portanto, se a constituição federal pudesse ser realmente acusada desse acúmulo de poder, ou de misturar poderes, revelando perigosa tendência a tal acúmulo, não seriam necessários quaisquer argumentos adicionais para inspirar uma reprovação universal do sistema.⁹

Diferente dos Estados Unidos, a primeira constituição brasileira, outorgada em 1824 pelo imperador Pedro I, não previu o modelo tradicional de repartição tripartite. O art. 10¹⁰ da Constituição Imperial introduziu um modelo de repartição funcional quadripartite, idealizado

⁷ Artigo II

Seção 1: O Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. Seu mandato será de quatro anos, e, juntamente com o Vice- Presidente, escolhido para igual período, será eleito pela forma seguinte: Cada Estado nomeará, de acordo com as regras estabelecidas por sua Legislatura, um número de eleitores igual ao número total de Senadores e Deputados a que tem direito no Congresso.

⁸ Artigo III

Seção 1: O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juizes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

⁹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução: Maria Luiza Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 330-331.

¹⁰ Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

pelo teórico francês Benjamin Constant, acrescentando um novo poder, o moderador,¹¹ exercido pelo próprio imperador.¹²

Após a derrubada da monarquia, a primeira constituição republicana, de 1891, aboliu o poder moderador e instituiu, em seu artigo 15,¹³ o tradicional modelo de repartição tripartite, adotado pelas subsequentes constituições da República, inclusive pela atual, de 1988.¹⁴

Com efeito, é preciso pontuar que a mera previsão formal de uma repartição orgânica de competências estatais não é garantia de uma partição material do poder. Assim, não há como falar em uma real tripartição quando se está diante da concentração de poderes, de fato, em um dos poderes em detrimento dos demais. Ao longo da história brasileira, essa concentração excessiva se deu no Executivo em períodos autoritários, notadamente na Era Vargas (1930-1945) e no Regime Militar (1964-1985). Nesses períodos, apesar de formalmente as constituições preverem uma tripartição formal de Poderes, houve uma sobreposição do Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário, reduzindo-os, não raro, a meros coadjuvantes da política nacional, despidos de real poder e autoridade. Daí, a importância de se ater para o fato de que a centralidade da separação de poderes reside na limitação efetiva do poder político, e não na análise da nominal divisão tripartite de funções.¹⁵

Assim, só é possível falar em uma real separação de poderes quando inexistir entre eles relação de ingerência. Disso, depreende-se o pressuposto da independência. Afinal, “quando todo o poder de um braço é exercido pelas mesmas mãos que possuem todo o poder de outro, os princípios fundamentais de uma constituição livre estão subvertidos.”¹⁶

Semelhante observação é feita por Silva¹⁷, ao destacar que além da especialização funcional, a divisão de poderes pressupõe a independência orgânica, a qual consiste na garantia de que os Poderes do Estado não interferirão uns nos outros, além da inexistência de relação de subordinação entre eles.

¹¹ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

¹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63-64.

¹³ Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

¹⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1470.

¹⁶ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução: Maria Luiza Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 333.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 111.

Machado¹⁸, no entanto, pontua que ao longo dos anos o postulado da separação dos poderes foi relativizado, não podendo ser encarado com o rigor e a rigidez de outrora. Assim, no campo da garantia da estabilidade política, o comando da separação vem, paulatinamente, dando lugar à coordenação e à harmonização. Na mesma toada, Silva¹⁹ pontua que a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs à teoria da separação dos poderes um novo olhar, notadamente quanto às novas formas de relacionamento entre os órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Por essa razão, observa o autor a atual tendência em abordar a repartição funcional de competências sob a nomenclatura de colaboração de Poderes, e não mais como uma independência harmônica.

Ainda no século XVIII, Madison, Hamilton e Jay²⁰, no Artigo XLVII do *Federalists Papers*, realizaram um minucioso estudo comparado das constituições dos estados de New Hampshire, Nova York, Nova Jersey, Virgínia, Maryland, Delaware, Massachusetts, Geórgia, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Pensilvânia chegando à conclusão de que não há um único caso em que os três Poderes tenham sido mantidos absolutamente independentes e distintos entre si em suas constituições. Além dessa constatação, os autores ainda pontuam que isso decorre da consciência do constituinte acerca da impossibilidade e inconveniência de evitar toda e qualquer forma de mistura entre Poderes. Desse modo, o alerta de Montesquieu acerca da impossibilidade de existir liberdade quando se reúnem numa mesma pessoa, ou órgão, funções administrativas, legislativas e judiciais não significa, em absoluto, que entre os Poderes do Estado não deve haver ingerências parciais ou formas de controle de um sobre o outro.

A partir dessas lições, nota-se não ser possível enquadrar de forma estanque determinadas atribuições a um único Poder. Em alguns casos, atividades, *a priori*, pertencentes à competência do Judiciário, serão exercidas pelo Legislativo, e funções desse serão encabeçadas pelo Executivo, e vice-versa. Nesse sentido, observa Bastos que:

O esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma de caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquele. Assim, constata-se que os órgãos estatais não exercem simplesmente as funções próprias, mas desempenham também denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos. É que todo poder (entendido como órgão) tende a uma relativa independência no âmbito estatal e é

¹⁸ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 167.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 111.

²⁰ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução: Maria Luiza Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 331-337.

compreensível que pretenda exercer na própria esfera as três mencionadas funções em sentido material.²¹

A Constituição Federal (CF/88) previu de forma expressa tanto as atribuições típicas, quanto as atípicas, de cada um dos três Poderes. Por exemplo, tipicamente compete ao Presidente da República (chefe do Executivo), exercer a direção superior da administração federal (art. 84, II, da CF/88) e, atipicamente, legislar, por meio da edição de medidas provisórias com força de lei (art. 84, XXVI, da CF/88). Do mesmo modo, cabe tipicamente ao Congresso Nacional (Poder Legislativo) legislar sobre todas as matérias de competência da União (art. 48, caput, da CF/88) e, atipicamente, exercer funções judiciais, como julgar as contas do Presidente da República (art. 49, IX) e julgar, por meio do Senado Federal, o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, I, da CF/88). Por fim, é atribuição típica do Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, julgar os membros do Congresso Nacional nas infrações penais comuns (art. 102, I, b, da CF/88) e, atipicamente, editar atos normativos, através das súmulas vinculantes (art. 103-A).

A clássica teoria da tripartição pensada por Montesquieu se baseou em um modelo de Estado incomparavelmente mais simples do que as complexas democracias contemporâneas. Não se pode olvidar que o filósofo político francês tomou por base a França do século XVIII, e que o leque de incidência político-jurídica da teoria da tripartição foi pensado para atender a um embrionário Estado de Direito, o qual sucedia uma longa tradição absolutista. Portanto, o cerne daquilo que foi pensado por autores como Montesquieu e Locke não dizia respeito à elaboração de um complexo sistema de organização funcional de competências estatais, mas sim à necessidade de diluir o poder em diversas entidades oficiais para, com isso, aplacar as condições possibilitadoras do regime absolutista, gerado pela concentração excessiva de poderes numa mesma figura.

Em decorrência dessa relativa defasagem temporal, parte significativa da doutrina aponta que o modelo proposto por Montesquieu no século XVIII precisa ser repensado, uma vez que hoje se mostra incabível o exercício das funções estatais de forma estanque, ou ainda em termos simplistas de funções típicas e atípicas. Em defesa dessa posição, arremata Ferrajoli:

Deveria ser repensada e reelaborada a clássica separação de poderes, de Montesquieu, entre os poderes públicos: entre poder legislativo, poder executivo e poder judiciário, originariamente destinada a garantir a autonomia e o primado do poder legislativo e representativo em relação ao poder executivo, este último representado pelo monarca, bem como a independência de ambos em relação ao poder judiciário. Hoje, essa

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 301.

tripartição, elaborada há mais de dois séculos e meio, com relação a uma organização institucional incomparavelmente mais simples do que as das atuais democracias constitucionais, é inadequada, diante da complexidade da esfera públicas dos atuais ordenamentos, para fundamentar a legitimação dos diversos tipos de poder²².

Com efeito, Paixão²³ destaca que por conta da equivocada recepção simplificada da teoria proposta por Montesquieu, não raro, encontra-se na doutrina pátria quem creia que a separação dos poderes é absoluta, ou ainda que cada poder exerce apenas atribuições típicas. Assim, deturpando a teoria original, leva-se indevidamente a crer que caberia ao Legislativo apenas legislar, ao Judiciário apenas julgar, e ao Executivo apenas administrar.

O esgotamento do modelo clássico não se deve apenas a aspectos relativos à crescente complexidade político-jurídica das democracias contemporâneas. Nele há ainda uma inadequação axiológica, na medida em que foi conferida à esfera pública uma vasta gama de funções inabarcáveis pelo modelo pensando no século XVIII, o qual foi reproduzido nas constituições de viés liberal. Nesse período, a esfera pública abarcada pelo ordenamento constitucional liberal estava reduzida, sobretudo, a um conjunto de poderes estatais e a liberdades negativas em face do soberano (direitos de primeira geração).²⁴

Nas democracias contemporâneas, contudo, o escopo de abrangência da esfera pública foi sensivelmente ampliado, notadamente com o advento do Estado social e com a constitucionalização de garantias positivas (direitos de segunda geração), como saúde, educação e trabalho. Assim, além das tradicionais limitações decorrentes das liberdades negativas, os Poderes do Estado passaram a se atentar com o desenvolvimento de novos direitos, cuja natureza é essencialmente proativa. Assim, o Estado passou a conviver simultaneamente com aquilo que aos poderes públicos é proibido, direitos de liberdade, e com aquilo que a eles é obrigatório, os direitos sociais.²⁵

Ademais, a complexidade decorrente dos contemporâneos direitos de terceira dimensão, como a proteção ao meio ambiente, evidencia ainda mais a limitação do modelo do século XVIII, na medida em que, não raro, as medidas para satisfação desses direitos demandam a partição conjunta de diversos órgãos dos três Poderes da República. A título de exemplo, uma

²² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução: Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

²³ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 29.

²⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48-49.

²⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 67-68.

ação civil pública que pretenda minar a poluição em um rio envolve simultaneamente a participação do Ministério Público, como titular da ação, o Poder Executivo, como destinatário da obrigação ambiental, e o Judiciário, como responsável pelo julgamento da contenda.

O exemplo citado acima seria impensável quando da elaboração da teoria tripartite. Todavia, hoje é uma realidade do ordenamento jurídico a qual não se pode fugir. Assim, para a resolução de desafios novos, não pode o aplicador do Direito empregar uma fórmula anacrônica do passado, sob pena de negar eficácia à concretização de direitos democraticamente constitucionalizados.

A partir das supracitadas observações, vê-se como salutar a lição de Silva Neto ao apontar o Estado como um processo em contínua transformação:

O Estado é processo. E o Estado mudou. E ao mudar, impôs novo direcionamento à teoria da tripartição das funções estatais, tornando politicamente necessário e socialmente indispensável a criação de sistema político no qual os órgãos que desempenham as funções legislativa, executiva e judiciária busquem maior aproximação. Como isso, tornou-se relativo o princípio da inelegibilidade das funções do Estado, a ponto de a Constituição de 1988, no art. 68, reservar a possibilidade de o Presidente da República solicitar delegação legislativa ao Congresso Nacional.²⁶

Na mesma toada, Paixão²⁷ pontua que ainda que a simplificação da teoria de Montesquieu fosse contornada, especialmente a visão equivocada quanto à separação absoluta das funções do Estado, ainda assim ela seria inadequada ao Estado contemporâneo, caso fosse aplicada da forma como seu criador a idealizou. Isso porque ela foi concebida antes do advento de transformações substanciais, como o direito universal ao voto e a criação dos partidos políticos. Aliás, o autor pontua que a teoria da separação dos poderes só sobreviveu até nossos dias porque soube se reinventar. Assim, desde a publicação de *L'Esprit des Lois*, em 1748, ela passou por contínuas revisões e adaptações.

A mutação imposta à teoria da separação dos poderes, contudo, não está isenta de críticas. Muitas são as vozes levantadas com preocupação ao constante esvaziamento dos poderes representativos em favor de tecnocracias não eleitas, especialmente os tribunais. Nesse sentido, Grilo destaca que:

A famosa tripartição de poderes de Montesquieu tem sofrido uma degeneração sorrateira, ganhando ares de grande evolução democrática, na qual toda estrutura de poder do Estado ganha uma nova roupagem, aparentemente inofensiva, mas que

²⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

²⁷ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 29-30.

representa a queda do sistema representativo, bem como a completa usurpação dos poderes dos mandatários que foram eleitos pelo povo.²⁸

Reconhecer que a separação de poderes, nos moldes pensados por Montesquieu, não atende satisfatoriamente aos desafios do constitucionalismo contemporâneo não significa, contudo, advogar a sobreposição de um poder sobre os outros, ainda que sob a justificativa de efetivação de direitos. Sem dúvidas, um dos maiores desafios do Direito atualmente reside na demarcação de limites da atuação legítima de cada um dos três Poderes, de modo que seja possível conciliar a independência com a harmonia e com a efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse mister, faz-se necessária uma compreensão ampliada da previsão do art. 2º da Constituição Federal, de modo a conectá-la com as técnicas de interpretação de direitos fundamentais. Assim, hoje não é mais sustentável uma leitura exclusivamente política do referido dispositivo, com os olhos restritos a um modelo liberal formal, o qual foi a tônica dos séculos XVIII e XIX, mas que hoje não se mostra à altura dos desafios impostos para efetivação de direitos sociais e transindividuais sob o paradigma pós-positivista.

Corroborando a defesa de uma leitura atual e contextualizada da separação dos poderes, Canotilho defende que ela deve ser encarada sob duas dimensões:

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como “divisão”, “controle” e “limite” do poder –dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de divisão de poderes; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de separação de poderes. O princípio da divisão como forma e meio de limite do poder (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do estado e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competência, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.²⁹

Com base no exposto, Araújo³⁰ defende que, em atenção às atuais relações institucionais e sociais, é um mito a concepção de separação de poderes segundo a qual os três Poderes do

²⁸ GRILO, Ludmila Lins. Prefácio. In: HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 09.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 250.

³⁰ ARAÚJO, Roberto Alcântara de Oliveira. **Declaração de (in)constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro**: a interpretação conforme a constituição e a técnica de decisões manipulativas aditivas pelo Supremo

Estado seriam rigorosamente separados, possuindo cada um uma função própria e livre da interferência dos outros dois. Assim, sustenta o autor que no paradigma constitucional brasileiro é mais adequado se falar em uma combinação dos Poderes, a qual se dá devido ao exercício da soberania estatal exigir meios que coíbam a concentração e o abuso por qualquer de seus representantes, sob pena de colocar em risco a vitalidade do Estado Democrático de Direito.

Quanto a esse último, Hirschl³¹ observa que a existência de um regime democrático exige a adoção de um conjunto de regras procedimentais e de processos decisórios aos quais todos os atores políticos devem ser signatários. Ademais, a estabilidade e a sobrevivência desse regime exigem a garantia da separação de poderes em um nível razoável, entre as esferas legislativa e executiva, além da existência de um Judiciário apolítico e com autonomia, o qual possa servir como árbitro imparcial nas disputas atinentes às regras do jogo político.

Desse modo, vê-se que é um pressuposto para o saudável funcionamento da Democracia, além da previsão da separação de poderes, a existência de um ente responsável por arbitrar, de forma independente e apartidária, as discussões políticas fundamentais do Estado, as quais dizem respeito ao Executivo e ao Legislativo. Nas Democracias contemporâneas, essa tarefa arbitral foi confiada ao Judiciário, geralmente através de suas supremas cortes. Afinal, o fato de haver atribuições expressas para cada um dos três Poderes no texto constitucional não garante que não existirão conflitos de atribuições entre eles. Daí, a necessidade de o ordenamento jurídico prever meios para solucionar tais colisões.

O papel do Judiciário como árbitro apartidário é uma pré-condição para o equilíbrio da tripartição e para a manutenção da Democracia. Isso pode ser observado nas três ondas de estabelecimento e manutenção de democracias que sucederam regimes autoritários, nas últimas três décadas: Sul da Europa, nos anos 70; América Latina, nos anos 80; e Leste Europeu, nos anos 90. Em comum, todas as três ondas possuem a adoção de um catálogo de direitos fundamentais em suas constituições, além da previsão de judiciários independentes, dotados de supremas cortes responsáveis pela revisão judicial das matérias constitucionais.³²

A existência de um árbitro na tripartição é uma decorrência lógica da sua constituição como imperativo político. Afinal de nada valeria a previsão constitucional das atribuições de

Tribunal Federal. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2018, p. 36.

³¹ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 76.

³² Ibidem, p. 76.

cada ente se não fosse assegurado o meio necessário para coibir e desfazer a invasão de um poder sobre os outros.

Sob esse prisma, Ackerman³³ defende ser indispensável às constituições modernas a instituição de uma instância de integridade, responsável pela fiscalização das atribuições de todos os Poderes. Aos seus membros, deveriam ser garantidos amplos direitos, como altos salários, irredutibilidade de vencimentos, independência funcional e autonomia orçamentária. Uma vez instituído esse órgão constitucional de controle, ao qual o autor classifica como “cães de guarda constitucionais”, a próxima tarefa do constituinte é criar mecanismo para mantê-lo sob controle.

Esse órgão fiscalizador pode, inclusive, estar fora dos três Poderes do Estado, fato que não reduz em nada a sua importância na separação dos poderes. Cingapura e Hong Kong, por exemplo, são exemplos bem sucedidos de países que adotaram uma instância de integridade fora da tripartição tradicional. Todavia, é preciso pôr limites na instância de fiscalização, haja vista os perigos em autorizá-la a agir de forma muito ampla.³⁴ Afinal, “quanto mais abrangente sua jurisdição, mais é possível interromper a atuação das autoridades politicamente responsáveis, transformando-se em alvo tentados de vinganças políticas.”³⁵

Ao longo da história é possível encontrar exemplos de constituições com previsão de separação de poderes, todavia com uma realidade fática bem diferente, na qual havia um poder central (Executivo) e os outros dois lhe orbitando como espécies de coadjuvantes, na medida que eram desprovidos de meios concretos para assegurar a sua independência funcional.

Exemplos da situação descrita acima podem ser encontrados nos regimes autoritários que assolaram a Europa e a América Latina ao longo do século XX. Por isso, a preocupação dos constituintes em assegurar a existência de um ente responsável pela salvaguarda dos valores fundamentais, dentre os quais a separação de poderes, nas Democracias recém-estabelecidas. Como já pontuado, essa tarefa coube às supremas cortes, geralmente entidades do Poder Judiciário. A escolha desse poder como árbitro, em detrimento dos outros dois, deveu-se ao fato de ele ser visto como um ente técnico e não político, em contraste com o Legislativo e o Executivo. Longe das disputas ideológicas e partidárias, as cortes constitucionais seriam mais

³³ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 72-73.

³⁴ Ibidem, p. 73.

³⁵ Ibidem, p. 74.

adequadas para defender os princípios fundamentais contra a sobreposição advinda dos poderes majoritários. Assim, tais entidades foram pensadas para serem uma espécie de guardião da constituição, cabendo-lhe barrar, de forma contramajoritária, os ímpetos do Executivo sobre o Legislativo, ou vice-versa, ou ainda a violação de direitos fundamentais pelo Estado.³⁶

Não por coincidência, em seus primeiros anos, as supremas cortes independentes dos países do Leste Europeu, criadas após a derrocada das ditaduras comunistas, sofreram fortes investidas contra a sua autoridade no exercício da jurisdição constitucional por parte das elites políticas de seus respectivos países. Em 1998, a corte constitucional da Albânia foi suspensa, o seu presidente foi preso e o Parlamento aprovou uma emenda constitucional limitando os mandatos dos demais ministros. Em 1994, a corte constitucional da Bulgária foi alvo de sucessivas tentativas de “*court packing*” por parte do Parlamento, controlado pelo antigo Partido Comunista Búlgaro. A mesma tentativa de subversão institucional foi empregada na Hungria, em 1998, além da finalização do mandato do ativo e independente juiz da suprema corte László Sólyom. O caso mais emblemático se deu na Rússia, em 1993, quando após conduzir julgamentos sensíveis e contrários aos interesses da elite política russa, formada pelos sucessores do antigo Partido Comunista Soviético, o tribunal constitucional foi dissolvido por uma reforma constitucional. Posteriormente, foi criada uma nova corte constitucional, a qual ficou alheia a decisões sobre questões políticas fundamentais, ao contrário da sua antecessora dissolvida.³⁷

Os percalços por que passaram os tribunais constitucionais do Leste Europeu na década de 90 é a expressão da dificuldade material em se garantir a efetivação da separação de poderes na realidade política contemporânea, sobretudo em democracias recém-estabelecidas, ou em nações de frágil cultura democrática. As competências estatais serem repartidas em funções administrativa, executiva e legislativa não é novidade. Como já pontuado, desde Aristóteles essa ideia já era defendida. Todavia, a aceitação da independência, de fato, de cada um dos Poderes em relação aos demais é uma conquista das democracias contemporâneas. Por isso, verificam-se investidas de elites políticas de inclinação autoritária ou hegemônica voltadas à sobreposição sobre Poderes e instituições historicamente não dotadas de significativa

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. **Revista EMERJ**, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, st./dez., 2019, p. 13-15.

³⁷ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 342-343.

autonomia. Daí fenômenos como o *court packing* (empacotamento da corte) serem ameaças constantes empregadas como forma de minar a separação entre os Poderes do Estado.

Com efeito, tentativas de sobreposição institucional de um Poder representativamente majoritário sobre outro, especialmente as supremas cortes, na medida em que na maioria das constituições a ela é reservada a função de arbitragem dos valores político-constitucionais fundamentais; não estão restritas a países sem tradição democrática. Nos Estados Unidos, maior democracia ocidental, o instituto da *court packing* (empacotamento da corte) já foi tentado algumas vezes. O referido instituto traduz a alteração casuística no número de integrantes dos tribunais com vistas a minar politicamente a sua autonomia, inserindo em seu corpo novos juízes, política e ideologicamente alinhados com as autoridades responsáveis por sua nomeação. Esse fenômeno é verificável em casos de atrito entre os Poderes sobre decisões políticas fundamentais, ou ainda quando há um conflito entre os Poderes sobre a extensão e os limites de suas competências.³⁸

A primeira tentativa séria de empacotamento da suprema corte americana se deu em 1937, por iniciativa do então presidente Franklin Delano Roosevelt. A razão para tanto foi o conflito entre o Governo Federal e o Judiciário acerca da constitucionalidade da legislação introduzida pelo *New Deal*. Como sabido, geralmente a decisão final no controle de constitucionalidade das leis compete às supremas cortes de cada país, esse é o caso dos Estados Unidos. Todavia, as sucessivas declarações de inconstitucionalidade prolatadas pela corte americana a colocaram em rota de colisão com os interesses políticos do presidente. Desse modo, como forma de burlar a engrenagem da separação dos poderes, Roosevelt tentou aprovar uma alteração constitucional para aumentar o número de juízes da SCOTUS (*Supreme Court of the United States*). Com isso, ele pretendia apontar novos juízes ideologicamente alinhados para alterar o entendimento constitucional do tribunal acerca do *New Deal*. O Congresso Nacional, contudo, barrou a tentativa de empacotamento pretendida pelo Executivo.³⁹

Recentemente, após a confirmação da juíza Amy Coney Barrett para a SCOTUS novamente veio à tona a defesa de um empacotamento da corte (*court packing*) por parte de autoridades proeminentes do Partido Democrata, ao qual pertence o atual presidente americano,

³⁸ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 150.

³⁹ THE STATE UNIVERSITY OF NEW JERSEY. **What is court packing?**. Rutgers Today. Disponível em: <https://www.rutgers.edu/news/what-court-packing>. 2020. Acesso em: 02 jul. 2022.

Joseph Biden. A razão para tanto se assemelha à ensaiada por Roosevelt em 1937: o tribunal tomou decisões constitucionais em descompasso com as posições político-ideológicas do partido que comanda o Capitólio e a Casa Branca.

Exemplificadamente, em junho de 2022, a SCOTUS, no julgamento de *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* superou (*overruling*) o precedente ativista de 1973 fixado em *Roe vs. Wade*. Após essa decisão, o senador democrata por Massachusetts, Ed Markey, atacou o tribunal, qualificando a maioria de seus membros como ilegítima e extremista, conclamando ainda os demais senadores a empacotar a corte. Corroborando a fala de Markey, a senadora democrata, também por Massachusetts, Elizabeth Warren, argumentou que para recuperar a confiança no tribunal seria preciso aumentar o seu número de juízes. Na mesma linha, a deputada democrata por Nova York, Alexandria Ocasio-Cortez, além de defender a expansão do número de juízes, ainda apontou a necessidade de que os magistrados indicados na última administração que votaram favoravelmente ao *overruling* de *Roe vs. Wade* fossem alvo de *impeachment*.⁴⁰

Desse modo, vê-se que o atrito entre os Poderes do Estado e o desafio para preservação de suas independências, guardadas as devidas proporções, não é uma particularidade apenas de países sem uma consolidada tradição democrática. Ademais, observa-se que as colisões são costumeiramente ocasionadas em casos de divergência política, o que se acentua quando a divergência parte do Judiciário, um poder, em regra, constituído por membros vitalícios e não eleitos.

À medida em que maior autonomia ganham os Poderes, maior será a probabilidade da ocorrência de eventuais atritos entre eles. Daí, a inegável necessidade de existência de mecanismos institucionais para solução desses conflitos. Afinal, como lembram Madison, Hamilton e Jay: “a mera demarcação no papel dos limites constitucionais dos vários poderes não é uma salvaguarda suficiente contra aqueles abusos que levam a uma concentração tirânica de todos os poderes de governo nas mesmas mãos.”⁴¹

⁴⁰ GLEBOVA, Diana. **Biden remains opposed to court-packing despite Roe reversal, White House confirms.** National Review. Disponível em: <https://www.nationalreview.com/news/biden-remains-opposed-to-court-packing-despite-ro-reversal-white-house-confirms/>. Acesso em: 02 jul. 2022.

⁴¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução: Maria Luiza Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 342.

Todavia, atitudes como a *court packing* não são legítimas, na medida em que traduzem verdadeira burla às regras constitucionais estabelecidas, na medida em que seu escopo não consiste em buscar uma solução dentro do ordenamento jurídico, mas sim impor a vontade política de um Poder sobre outro. Portanto, é uma solução imposta, não dialogada e carente de respaldo democrático.

De nada adiantaria a previsão da separação dos poderes se não fossem previstos para o poder violado mecanismos de autodefesa. Os exemplos das cortes constitucionais do Leste Europeu da década de 1990 são a prova disso. Nesse mote, Madison, Hamilton e Jay observam que:

A grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, neste caso como em outros, ser proporcionais ao perigo de ataque.⁴²

Os autores supracitados, contudo, indicam não ser possível atribuir a cada um dos três braços do Estado o mesmo poder de autodefesa. Nas repúblicas, a autoridade legislativa é predominante. Assim, para contê-la, deve-se dividir o Legislativo em distintos ramos (Câmara e Senado, no caso do Brasil e Estados Unidos), atribuindo a eles diferentes formas de eleição e ação de modo a reduzir a sua vinculação e, com isso, evitar abusos de poder. De outra banda, ao contrário do Legislativo, a debilidade do Executivo deve ser contornada com o seu fortalecimento, por exemplo, através do poder de veto do Presidente da República.⁴³

Ao contrário dos Estados Unidos do final do século XVIII, o Executivo do Brasil e da América Latina, em geral, está longe de ser qualificado pelo atributo da debilidade. O histórico desse Poder, na região, sempre foi marcado por uma acentuada concentração de competências. Em razão disso, historicamente os avanços e violações à separação dos poderes partiram do Executivo Federal. Isso, contudo, não significa que não possam haver violações por iniciativas de outros Poderes.

O correto funcionamento da separação de poderes não pode olvidar os laços recíprocos de controle e fiscalização. Logo, dentro da função típica de cada Poder deve ser acrescentado o

⁴² MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução: Maria Luiza Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 350.

⁴³ Ibidem, p. 350-351.

poder-dever de fiscalização recíproca, a qual constitui o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Reconhecendo-se que em um Estado Democrático de Direito é inconcebível o exercício de um poder ilimitado e irrestrito por parte do seu titular, faz-se necessária a existência de mecanismos de controle, porém dentro da própria estrutura estatal. Isso se deve ao fato de o poder ser uno, indivisível e não fracionável. Assim, como o poder é a expressão da soberania, não se revela factível a coexistência de várias soberanias e, por conseguinte, de vários poderes em um mesmo Estado.⁴⁴

Por conseguinte, sendo o poder expressão da soberania do Estado, logo uno e indivisível; todavia sendo o exercício da sua titularidade incompatível com a ideia de absolutismo, à luz de um Estado Democrático de Direito; a responsabilização das autoridades é o mecanismo empregado pelo poder como forma de limitar a si próprio.

Ademais, a extensão do poder deve ser diretamente proporcional à responsabilidade decorrente do seu exercício, em um verdadeiro relacionamento biunívoco. Razão pela qual, em um ordenamento que se proclame como democrático, nenhuma forma de poder pode ser exercida sem que haja a possibilidade do seu titular ser chamado a responder pelos efeitos decorrentes do exercício das competências a ele confiadas.⁴⁵

No Brasil, muitos são os exemplos de controle institucional. Por exemplo, cabe ao Supremo Tribunal Federal a revisão judicial, via controle de constitucionalidade, das leis e atos normativos federais e estaduais (art. 102, I, a, da CF/88). De outra banda, compete privativamente ao Presidente da República conceder indulto e comutar penas (art. 84, XII, da CF/88). Por fim, é atribuição do Senado da República processar e julgar os membros do Supremo Tribunal Federal e o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, II, da CF/88).

Ao analisar as atribuições acima descritas, vê-se que elas fogem e muito ao escopo do que seria esperado de uma função típica de cada Poder nos moldes da separação dos poderes

⁴⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 165.

⁴⁵ SACCO, Francesco. **La responsabilità politico-costituzionale del presidente della repubblica**. Roma: Aracne, 2012, p. 19-20.

proposta no século XVIII. Assim, assiste razão à Paixão⁴⁶ quando aponta que o instituto da separação de poderes está em contínua transformação, adequando-se às novas realidades político-jurídicas.

Caso fosse adotada uma visão absoluta da separação dos poderes, seria inconcebível que o Presidente da República pudesse rever uma decisão judicial, como nos casos de concessão de graça e anistia ou, ainda, que um órgão do Judiciário pudesse anular uma lei aprovada pelo Congresso Nacional. Assim, vê-se que a adaptação da separação dos poderes é uma condição para sua manutenção enquanto teoria aplicável ao Direito contemporâneo.

A possibilidade de juízes reverem atos legislativos, contudo, não é um instrumento de freios e contrapesos tão recente quanto se possa supor. Em sua obra, *Da Democracia na América*, publicada ainda em 1835, o filósofo político francês Alexis de Tocqueville observou que a principal diferença dos magistrados americanos em relação aos demais era o seu poder político, o qual era exercido justamente no reconhecimento da inconstitucionalidade das leis.

O juiz americano se parece pois perfeitamente com os magistrados das outras nações. No entanto é dotado de um imenso poder político. De onde vem isso? Ele se move no mesmo círculo e serve-se dos mesmos meios que os outros juizes; por que possui um poder que estes últimos não têm? A causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juizes o direito de fundar suas decisões na constituição, em vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecerem inconstitucionais.⁴⁷

Essa particularidade pioneira da Democracia americana foi exaltada nos Artigos Federalistas, de 1788. Ela foi encarada como uma garantia de preservação das liberdades em face de eventuais abusos do parlamento e do governo, estando em perfeita sintonia com a ordem judicial americana, de modo que não haveria de se cogitar que tal prerrogativa do Judiciário o colocasse acima do Legislativo. Pelo contrário. Ela foi vista como um instrumento de proteção das leis e da própria constituição.

A completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada. Por Constituição limitada, entendo uma que contém certas exceções especificadas ao poder legislativo, como, por exemplo, a de que ele não aprovará decretos de perda de direitos civis, leis *ex post facto*, ou coisas semelhantes. Na prática, limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deve ser declarar nulos todos os atos contrários ao

⁴⁶ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. p. 30.

⁴⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 113.

sentido manifesto da Constituição. Sem isto, todas as restrições a direitos ou privilégios particulares equivaleria a nada.⁴⁸

Desse modo, percebe-se que há muito a interpenetração entre os Poderes é uma realidade, sendo fruto da necessidade de freios e contrapesos entre as instituições do Estado com vistas à preservação da Democracia. Outra lição a ser extraída dos trechos acima, é que a ideia de uma pureza funcional a ser exercida por cada Poder, mediante uma separação absoluta, é algo inexistente no plano fático até mesmo no século XVIII.

Os Estados Unidos foram o primeiro país ocidental a empregar um modelo formal de separação de poderes. Todavia, como visto, o sistema constitucional americano desde o seu nascedouro não empregou uma posição isolacionista entre os Poderes da República, até por que tal visão idealizada é mais uma elucubração teórica, do que uma política de Estado exequível.

Portanto, a correta compreensão da separação de poderes não pode se pautar num simulacro teórico inexistente, até porque, o próprio Montesquieu, idealizador da teoria, nunca defendeu a existência de uma separação absoluta entre os Poderes do Estado, como já fora pontuado.

1.2 Uma nova abordagem acerca da teoria da separação dos poderes: as contribuições de Bruce Ackerman e Jeremy Waldron

Em vista das razões expostas no tópico anterior, parte significativa da doutrina constitucional defende a ideia de uma nova compreensão acerca da separação de poderes. O ponto de partida dessa compreensão é o fato de que a separação de poderes é um valor de natureza constitucional e que cada Poder do Estado possui uma integridade intrínseca. Assim, para uma boa governança, faz-se necessária uma distinção das funções legislativa, executiva e judiciária, afinal, sem tal distinção, é impossível o desenvolvimento de um ambiente institucional para a racionalização e controle do poder. Portanto, uma análise rigorosa dos desafios da separação dos poderes deve levar em conta não apenas questões nominais ligadas

⁴⁸ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução: Maria Luiza Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480.

às funções do Estado, mas especialmente aferir a ocorrência de violação ao ideal da limitação de poder, aspecto imprescindível para todas as democracias constitucionais.⁴⁹

Na doutrina constitucional contemporânea, um dos principais nomes em defesa de uma nova compreensão da separação dos poderes é o jurista americano Bruce Ackerman. Em sua obra intitulada “*The New Separation of Powers* (A Nova Separação dos Poderes)”, o professor da *Yale Law School* defende que o primeiro tema de relevo do constitucionalismo moderno é a Democracia; já o segundo, é a sua limitação. Acrescentando ainda que:

A intervenção política irrestrita terá efeitos potencialmente lesivos ao Estado de Direito. Por mais bela que a lei possa parecer no papel, no plano real será terrível. A vitória no mundo real irá para aqueles interesses que forem capitaneados pelo político mais poderoso com os melhores relacionamentos nas instâncias da burocracia e do judiciário. O poder de fazer leis deve ser exercido por uma instância distinta daquela que detenha o poder de implementá-las. Se se permitir que políticos rompam essa barreira, o resultado será a tirania.⁵⁰

Desse modo, vê-se que o núcleo da contemporânea abordagem da separação dos poderes não está ligada a uma compreensão, por vezes maniqueísta, de tripartição de funções estatais e das suas relações recíprocas. Ela reside, na verdade, na ideia de limitação do poder político, o qual abarca todos os Poderes estatais. Isso, contudo, não significa uma desconsideração das contribuições passadas, notadamente acerca da legitimidade democrática e da especialização funcional das competências do Estado. A nova leitura da separação dos poderes, nos moldes propostos por juristas como Ackerman, propõe uma compreensão dinâmica e maleável da referida teoria. Inserindo-a na tradição do constitucionalismo moderno, notadamente a partir das revoluções americana, inglesa e francesa, as quais têm como ponto comum principal a necessidade de limitação do poder político.

Portanto, ao pensar em separação dos poderes, deve o operador do Direito ter em mente a indeclinável necessidade de limitação do poder, não podendo estar preso a uma visão engessada de competências absolutas, ou ainda crente que somente é possível abuso de poder em casos de regimes majoritários, isto é, governos formados a partir de maiorias eleitorais. Todas as instituições do Estado devem estar subordinadas a uma compreensão de limites, inclusive aquelas instituídas como entes de fiscalização e arbitragem de conflitos políticos, como as supremas cortes. Assim, a mais atual abordagem da teoria da separação dos poderes

⁴⁹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1478-1479.

⁵⁰ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 66.

não pode olvidar que todos os entes dotados de poder político podem fazer uso abusivo dele, cabendo às constituições delimitarem sua esfera de atuação, de modo que haja fiscalização e limitação até mesmo dos órgãos cuja competência constitucional seja justamente fiscalizar e arbitrar conflitos entre os Poderes políticos do Estado.

Além das três funções clássicas do Estado, Ackerman⁵¹ defende que uma séria abordagem da separação dos poderes deve levar em consideração uma quarta função: a burocracia. O autor defende que os constituintes americanos pensaram, no século XVIII, a separação de poderes como uma teoria de corresponsabilidade democrática, tomando por base um Estado federal de pouco mais de dois mil servidores públicos. Contudo, esse quantitativo aumentou exponencialmente ao longo dos anos, tendo chegado a quase dois milhões em 1997.

A burocracia possui inúmeras funções no Estado, abarcando praticamente todas as suas esferas. Ciente do seu poder de atuação, a burocracia consiste em uma inegável força política, o que é evidenciado ainda mais na figura dos “burocratas ideológicos”, não raro, em franca oposição ao chefe do Executivo. Essa situação provoca uma anomalia funcional, na medida em que o Presidente da República governa sob uma oposição interna da própria máquina do Estado, o que é agravado em regimes presidencialistas, nos quais há uma maior volatilidade institucional, decorrente das sucessivas alterações e descompassos nas eleições para a Presidência e para o Congresso. A natural reação do chefe do Executivo, por outro lado, consiste em ampliar o número de servidores públicos politicamente alinhados com ele. O que, em contrapartida, é uma ameaça à separação dos poderes, na medida em que tal atitude pode flertar com a politização/partidarização dos órgãos do Estado.⁵²

No caso do Brasil, pode-se com facilidade encontrar órgãos burocráticos dotados de autonomia institucional e com razoável atuação independente, a despeito de quem ocupe o Executivo Federal, como o Ministério Público, as agências reguladoras, os órgãos do fisco, as polícias e o Banco Central. Desse modo, ao pensar a separação dos poderes, faz-se necessário levar em conta as estruturas burocráticas e administrativas do Estado, especialmente nos casos de rivalidade entre elas e os ocupantes do Executivo, pois de um lado pode-se estar diante de uma “burocracia-ideológica”, gerada por uma hipertrofia da politização administrativa; ou por outro lado, da tentativa de cooptação política do Estado pelo eventual governo.

⁵¹ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 68-69.

⁵² Ibidem, p. 79-81.

No Parlamentarismo, a burocracia do Estado costuma atuar de forma mais contida e afastada da política, na medida em que há relativa harmonia entre os dois Poderes eleitos, além de uma alternância de poder mais suave do que no presidencialismo. Desse modo, independente de quem esteja na chefia no Executivo, a burocracia tende a adotar uma posição de neutralidade. De outra banda, no presidencialismo, a tentativa de politização das estruturas do Estado pelo governo de ocasião é potencializada, sobretudo nos casos de o presidente não possuir maioria no Congresso, ou encontrar lá resistência à sua agenda legislativa; situações essas improváveis num regime parlamentarista. Como forma de evitar esse imbróglio, Ackerman⁵³ sugere a adoção de um modelo de parlamentarismo limitado,⁵⁴ pautado na lógica da especialização funcional. Para ele, esse modelo possui duas vantagens frente ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo de modelo britânico: a redução de ataques burocráticos ao Estado de Direito e adoção da *judicial review* como filtro dos atos estatais.

Por fim, Ackerman⁵⁵ defende que a atual abordagem da separação de poderes deve levar em conta um outro fator: a preservação dos direitos fundamentais. Historicamente, o caminho natural das majorias que chegam ao governo é tentar moldar o Estado à sua imagem, desconsiderando, não raro, os interesses daqueles vencidos nas urnas. O constitucionalismo e a *judicial review* nasceram com a missão de impedir essa tentação. Todavia, é questionável se a fixação de uma espécie de barreira contra abusos políticos deveria ficar concentrada nas mãos de um único órgão, geralmente as supremas cortes, ou se não seria mais efetivo que tal prerrogativa fosse diluída em distintas instituições, inclusive fora do tradicional sistema da tripartição.

A supracitada preocupação remete à tese principal da separação de poderes, a limitação do poder político. Isso porque ao dotar um único órgão com uma vasta jurisdição para resolver com definitividade matérias sobre os mais variados direitos e prerrogativas, corre-se o risco de acabar se criando uma estrutura concentrada de poder, desequilibrando a balança política do Estado. Fator que pode ser agravado nos casos de burocracia ideológica, fenômeno mais

⁵³ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 95-96.

⁵⁴ Ackerman define o Parlamentarismo Limitado como um regime composto por “uma câmara democraticamente eleita e responsável pela seleção de um governo e pela aprovação da legislação ordinária. O poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instâncias com propósito especial, cada um motivado por um ou mais dos três temas básicos da separação dos poderes”. Quanto a esses últimos, Ackerman entende serem a legitimidade democrática, a especialização funcional e a proteção dos direitos fundamentais (ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113).

⁵⁵ Ibidem, p. 106-107.

presente em países presidencialistas. Afinal, como já alertado, não é somente o Executivo quem está propenso a cometer abuso de poder e avançar sobre as competências dos demais Poderes. A história recente aponta que essa tentação recai sobre todos os braços do Estado, inclusive sobre o Judiciário, com destaque para as suas supremas cortes, por meio do fenômeno da “juristocracia”.⁵⁶

Se a lógica por trás da tradição da separação de poderes é a limitação do poder político, a proteção dos direitos fundamentais é, por conseguinte, o bem a ser protegido por tal limitação. Desse modo, a compreensão adequada da leitura das funções de cada poder não pode ser mais encarada como sendo aquilo que melhor satisfaça a correspondência com os atributos reservados aos agentes políticos em comparação com as funções típicas de seu respectivo Poder, mas sim como tais funções podem ser empregadas com vista a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nessa visão, não apenas direitos clássicos de liberdade devem ser contemplados, mas também os direitos sociais e transindividuais, ou ainda direitos de segunda e terceira dimensão, respectivamente. Assim, a melhor aplicação da teoria da separação dos poderes será aquela que conseguir conciliar, mais satisfatoriamente, legitimidade democrática, especialização funcional e proteção de direitos fundamentais.

Diante do risco constante de mudanças bruscas na condução dos governos, em razão das eleições, faz-se necessário o estabelecimento de filtros de proteção aos direitos fundamentais. Contudo, eles não precisam se limitar ao tradicional sistema de cartas de direitos e de revisão judicial. Até porque a mera previsão de um direito numa constituição não é garantia de sua efetivação, nem o fato de haver chance de revisão judicial é uma certeza de que o tribunal adotará o entendimento mais garantista do direito judicializado,⁵⁷ especialmente nos casos de direitos positivos, os quais demandam um considerável custo para sua implementação.

Em razão disso, Ackerman⁵⁸ defende a criação de uma instância de justiça distributiva, a qual seria responsável pela proteção dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, cabendo ao Estado fixar, inclusive, um orçamento próprio para essa instituição autônoma, esse

⁵⁶ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrinha: EDA, 2020, p. 291-292.

⁵⁷ SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 34-35.

⁵⁸ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 109-110.

a ser direcionado para o custeio de decisões judiciais que versem sobre direitos fundamentais, possibilitando assim um maior grau de justiça social.

“A separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”⁵⁹. É justamente por reconhecer isso, que o jurista americano propõe uma nova abordagem da separação dos poderes, sendo ela dinâmica e evolutiva, equilibrando-se no tripé: legitimidade democrática, especialização funcional e preservação dos direitos fundamentais. O farol desses três elementos é a limitação do poder político. Portanto, eles devem ser pensados como diferentes filtros limitativos com vistas à proteção do Estado Democrático de Direito.

Segundo Ackerman,⁶⁰ a legitimidade democrática estaria centrada em eleições livres e num processo eleitoral íntegro, além do estabelecimento de órgãos de controle, como uma segunda casa legislativa (como o Senado) e uma corte constitucional. A especialização funcional, além dos tribunais, exige o estabelecimento de uma instância de integridade, responsável pela fiscalização de todos os Poderes do Estado, visando com isso coibir corrupção e abuso de poder; e uma instância regulatória, para tratar as relações do governo com a burocracia. Por fim, o terceiro elemento se direciona para o reconhecimento dos direitos fundamentais como fim último do Estado, cabendo a todos os Poderes a adoção de todos os meios necessários para sua proteção e efetivação, inclusive mediante a instituição de um fundo autônomo de financiamento.

Embora possa parecer, à luz do exposto, que a demarcação bem definida das atribuições de cada um dos Poderes do Estado seja um tema de menor relevância para a atual compreensão da teoria da separação dos poderes, na verdade tal percepção é equivocada. Um dos principais nomes em defesa da especialização funcional dos Poderes é o jurista americano Jeremy Waldron.⁶¹ Para ele, a separação dos poderes é uma verdadeira pedra de toque da legitimação política, na medida em que atua como instrumento de garantia da liberdade, do Estado de Direito e do devido processo legal.

Jeremy Waldron toma a separação de poderes como um princípio responsável pelos principais arranjos políticos do Estado Moderno. Assim, a sua leitura não pode ficar restrita ao

⁵⁹ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.

⁶⁰ Ibidem, p. 113.

⁶¹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1470-1471.

campo exclusivamente jurídico, devendo, pois, levar em conta as contribuições da Filosofia Política. O autor observa que cada Poder possui uma dignidade distinta, cada qual com uma função particular a desempenhar no Estado, todavia de forma articulada e ordenada. Assim, respondendo à questão central de sua teoria acerca de qual é seu ponto de vista acerca da separação de poderes, ele esclarece:

I look first to the integrity of each of the distinguished powers or functions, the dignity of legislation, the independence of the courts and the authority of the executive, each understood as having its own role of articulated, as opposed to undifferentiated, modes of governance. The idea is that instead of just an undifferentiated political decision to do something about person X, there is an insistence that anything we do to X or about X must be preceded by an exercise of legislative power that lays down a general rule applying to everyone and not just X, a judicial proceeding that makes a determination that X's conduct in particular falls within the ambit of that rule, and so on. As well as the integrity of each of these phases, there is a sense that power is better exercised, or proceeds in this orderly sequence.⁶²⁻⁶³

Ademais, em sua teoria da separação dos poderes, Waldron⁶⁴ destaca que o referido princípio não pode ser reduzido apenas à necessidade de descentralização do poder, ou de criação de mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*). Isso porque a especialização das funções do Estado demanda uma percepção individualizada de cada função, a partir de uma visão de governança articulada, na medida em que legislar não pode ser confundido com julgar, ou com administrar, e vice-versa. Aliás, a importância dada por Waldron a diferenciação das funções do Estado como elemento garantidor do Estado de Direito, é tamanha que chega a observar que o que mais lhe chama atenção no fracasso dos regimes que não adotam uma participação real de poder não é nem que todos os poderes estejam concentrados nas mesmas mãos; mas sim que a autoridade que os detém nem sequer pensou em distingui-los.

Não se pode olvidar que para o estabelecimento e manutenção das liberdades é indispensável a divisão do Estado em três ramos: Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual com uma função distinta a desempenhar. Para o correto funcionamento da engrenagem político-

⁶² WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Harvard University Press, 2016. cap. 3. E-book.

⁶³ Tradução livre: “Eu olho em primeiro lugar para a integridade de cada um dos distintos poderes ou funções, a dignidade da legislação, a independência dos tribunais e a autoridade do executivo, cada um entendido como tendo o seu próprio papel de modos de governação articulados e não indiferenciados. A ideia é que, em vez de apenas uma decisão política indiferenciada de fazer algo sobre a pessoa X, há uma insistência de que qualquer coisa que fizermos a X ou sobre X deve ser precedida por um exercício de poder legislativo que estabeleça uma regra geral aplicável a todos e não apenas X, um processo judicial que determina que a conduta de X em particular se enquadra no âmbito dessa regra, e assim por diante. Além da integridade de cada uma dessas fases, há uma sensação de que o poder é melhor exercido, ou procede nessa sequência ordenada.”

⁶⁴ WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Harvard University Press, 2016. cap. 3. E-book.

constitucional, cada ramo deve atuar dentro da sua esfera de competências, sendo-lhes vedado invadir as atribuições alheias, salvo, obviamente, nas expressas autorizações constitucionais. Ademais, não é suficiente para o correto funcionamento desse modelo que não haja invasões institucionais. Exige-se ainda que a exclusividade quanto aos membros ocupantes de cada poder, sendo vedado que um mesmo indivíduo ocupe simultaneamente postos em mais de um dos ramos do Estado, sob pena de violação da separação dos poderes.⁶⁵

Outro ponto central na compreensão da separação dos poderes proposta por Waldron é a centralidade da lei e o seu respeito por todas as instâncias do Estado (*rule of law*). Desse modo, havendo uma lei, não é legítimo que a Administração ou o Judiciário a ignorem, substituindo-a por suas preferências ou visões de mundo. Uma lei democraticamente aprovada só pode ser afastada quando tal conduta for juridicamente embasada no ordenamento constitucional. Por exemplo, um juiz pode deixar de aplicar determinada lei por reconhecer a sua inconstitucionalidade. Todavia, em respeito a separação dos poderes, ele não pode escanteá-la por entender que ela está em desacordo com suas convicções pessoais de justiça.⁶⁶

Ademais, o bom funcionamento do *rule of law* deve ser pensado a partir de uma coordenação funcional entre o governo e o legislador, assim, não basta que seja cumprida uma lei existente. É salutar que a lei seja elaborada anteriormente, antevendo as necessidades do governo.

The rule of law is not just the requirement that where there is law, it must be complied with; it is the requirement that government action must, by and large, be conducted under the auspices of law, which means that, unless there is very good reason to the contrary, law should be created in advance to authorize the actions that government is going to have to perform.⁶⁷⁻⁶⁸

Além da supremacia da legalidade, Abboud⁶⁹ aponta ainda que o devido processo é outro pilar da teoria da separação dos poderes proposta por Waldron, advertindo, contudo, que essa não pode ser confundida com aquele, apesar de os dois princípios se voltarem às mesmas preocupações. A defesa em ser governado pela lei implica também uma governança sob as

⁶⁵ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1473.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009, p. 6.

⁶⁷ WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Harvard University Press, 2016. cap. 3. E-book.

⁶⁸ Tradução livre: “O Estado de Direito não é apenas a exigência de que, onde há lei, ela seja cumprida; é a exigência de que a ação do governo seja, em geral, conduzida sob os auspícios da lei, o que significa que, a menos que haja razão muito boa em contrário, a lei deve ser criada antecipadamente para autorizar as ações que o governo terá que realizar.”

⁶⁹ ABBOUD, Georges, *op. cit.*, p. 1474.

diretrizes de um processo, o qual é fruto da articulação institucional obtida mediante a separação do poder. Nesses termos, a separação de poderes e o devido processo legal são pilares complementares e estruturantes da democracia constitucional contemporânea, cuja centralidade reside na compreensão de que cada um dos três Poderes deve ter sua posição separada antes dos impactos do seu poder sobre os cidadãos.

A fixação dos limites da atuação de cada Poder, seja de forma típica ou atípica, é um pressuposto para o legítimo funcionamento da Democracia. Nessa toada, o devido processo é de grande valia ao fixar um rito de atuação e regulação institucional, tomando os Poderes do Estado como valores comuns dentro de uma governança articulada. Ademais, para que essa última funcione de forma adequada é necessário que cada uma das funções estatais seja exercida consoante a sua respectiva dignidade, sendo vedada a sobreposição de uma sobre a outra. É justamente por isso, que Waldron ressalta que a governança articulada a ser empregada na separação dos poderes deve ser enxergada sob as lentes de um devido processo.

A abordagem da separação de poderes a partir da lógica do devido processo joga holofotes sobre o Judiciário, especialmente porque a ele cabe a revisão judicial da regularidade/legalidade dos demais Poderes, além da criação do direito, de forma geral. Atento a esse papel de proeminência do Judiciário, com destaque dos riscos de sobreposição da dignidade institucional desse Poder sobre os demais, Waldron observa que:

We all know that judges make law as well as discover it; through their collective power to establish a line of precedent, they in effect create and promulgate new norms for the community as well as putting authoritative new glosses through their powers of interpretation on norms created by other institutions. There is much to be said about this familiarity with judicial lawmaking, especially in a common law system, should not blind us to the difficulties it poses from a separation of powers point of view. It certainly poses difficulties from the point of view of the particular parties before the lawmaking court, who find in effect that their rights are being determined by new law imposed on them retroactively. And we see, in cases such as *Teague v. Lane* and its progeny, the heroic and convoluted efforts that have to be made to prevent this retroactivity from reaching further into the legal system. Maybe the difficulties are neither avoidable, not insuperable, but they are the kinds of difficulties that arise when the logic of one kind of governance function is contaminated with another. The separation of powers endorses and upholds the distinct character of each of the three functions of government, and what we see in the case of adjudication is that it can impose on legal governance.⁷⁰⁻⁷¹

⁷⁰ WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Harvard University Press, 2016. cap. 3. E-book.

⁷¹ Tradução livre: “Todos sabemos que os juízes fazem a lei e também a descobrem; por meio de seu poder coletivo de estabelecer uma linha de precedente, eles de fato criam e promulgam novas normas para a comunidade, bem como colocam novas glosas autoritárias por meio de seus poderes de interpretação de normas criadas por outras instituições. Há muito a ser dito sobre essa familiaridade com o legislador judicial, especialmente em um sistema de *Common Law*, não deve nos cegar para as dificuldades que ela apresenta do ponto de vista da separação de

Nesse último ponto, pode-se encontrar uma sintonia entre as teorias de Waldron e Ackerman, na medida em que ambas jogam luz sobre a importância das limitações funcionais de cada Poder; inclusive sobre a instância de integridade (desempenhada geralmente pelas supremas cortes) em seu papel de arbitragem das questões políticas fundamentais. Desse modo, ao submeter matérias de índole político-constitucional aos tribunais, caso haja um descompasso nas fronteiras da atuação dos Poderes, corre-se o risco do tribunal constitucional se sobrepor ao Executivo e ao Legislativo, instituindo, na prática, uma espécie de governança judicial,⁷² o que, por óbvio, constitui violação à separação de poderes.

A defesa de uma nova abordagem acerca da teoria da separação dos poderes não pode ser confundida com a erosão das distintas funções de cada Poder do Estado. Contudo, isso igualmente não equivale à defesa de uma atuação apartada de cada um dos três Poderes. É com base nisso que Waldron, como já pontuado, defende um modelo de governança articulada entre as três funções de Estado, cada qual com sua respectiva integridade. Para tanto, é salutar a fixação de limites no campo de atuação dos seus agentes, especialmente no que toca ao Judiciário, na medida em que nos regimes democráticos vigentes, em regra, cabe a ele a decisão final sobre o controle de constitucionalidade.

Assim, assiste razão a Abboud⁷³ quando alerta ser falacioso o mantra de que a separação dos poderes é um princípio anacrônico e ultrapassado, além de que, em razão dos compromissos políticos da jurisdição constitucional, é deferido ao Judiciário invadir competências tipicamente legislativas e executivas em razão da inércia dos titulares desses Poderes. Afinal, não existe Estado Democrático sem limitação objetiva dos poderes; e essa só é possível mediante a partição em diferentes esferas de competências estatais (três, no caso do Brasil).

Logo, vê-se ser equivocada a tese segundo a qual é permitido ao Judiciário avançar, de forma ativista, sobre as áreas de atuação dos demais Poderes, ainda que sob o pretexto de

poderes. Ela certamente traz dificuldades do ponto de vista das partes particulares perante o tribunal legislador, que efetivamente constatam que seus direitos estão sendo determinados por uma nova lei que lhes é imposta retroativamente. E vemos, em casos como *Teague v. Lane* e seus descendentes, os esforços heróicos e complicados que devem ser feitos para impedir que essa retroatividade alcance ainda mais o sistema legal. Talvez as dificuldades não sejam nem evitáveis, nem insuperáveis, mas são os tipos de dificuldades que surgem quando a lógica de um tipo de função de governança é contaminada por outra. A separação de poderes endossa e sustenta o caráter distinto de cada uma das três funções de governo, e o que vemos no caso da judicialização é que ela pode impor mediante uma governança jurídica.”

⁷² HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 150-151

⁷³ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1478-1479.

concretização de direitos fundamentais, se tal comportamento não encontrar autorização constitucional. Afinal, a separação de poderes pressupõe a observância de um devido processo, o qual é extraído da própria Constituição Federal. Quando os tribunais atuam de forma ativista, leia-se fora de sua esfera de competências, eles infringem o devido processo e, portanto, violam o *rule of law*. Por conseguinte, toda atuação ativista deve ser encarada como inconstitucional, na medida em que é exercida em oposição ao devido processo constitucional e ao princípio fundamental da separação dos poderes.

Em abstrato, não é possível determinar qual decisão judicial é ou não ativista. Afinal, desde há muito que o papel do Judiciário superou a velha fórmula do “juiz boca da lei” imbuído da missão de solucionar conflitos entre agentes privados.

Os adventos do Estado Social, do reconhecimento jurídico nacional e internacional dos direitos humanos e fundamentais, além do paradigma hermenêutico pós-positivista e do neoconstitucionalismo alteraram substancialmente o campo e a forma de atuação dos juízes. Desse modo, uma correta compreensão da separação dos poderes não pode ficar alheia à essa profunda mutação político-jurídica.

Destarte, a adequada aplicação da teoria da separação de poderes, notadamente no que diz respeito ao Judiciário (foco do presente estudo), deve conjugar a necessidade de demarcação das esferas de integridade do Executivo e do Legislativo com as mutações político-jurídicas supramencionadas.

1.3 O neoconstitucionalismo e o pós-positivismo

Não raro, as teorias neoconstitucionalista e pós-positivista são empregadas sem distinção pela doutrina, como se fossem sinônimos, ou ainda manifestações idênticas de um mesmo fenômeno. Todavia, faz-se necessário esclarecer que tal procedimento não é adequado, na medida em que pós-positivismo e neoconstitucionalismo são fenômenos distintos. Sendo, pois, equivocado empregar as referidas nomenclaturas de forma indiscriminada. Nessa toada, adverte Abboud:

É importante não confundir neoconstitucionalismo com pós-positivismo. O neoconstitucionalismo reside em um fenômeno jurídico-político surgido no pós-

guerra. Já o pós-positivismo consiste num paradigma filosófico que se originou do giro ontológico-linguístico.⁷⁴

Assim, enquanto o neoconstitucionalismo é uma tradição doutrinária heterogênea, desenvolvida para guiar o constitucionalismo do segundo pós-guerra, notadamente nas questões ligadas à proteção e à efetivação dos direitos fundamentais, o pós-positivismo é uma corrente jurídica eminentemente filosófica, calcada no giro ontológico-linguístico, atrelado a nomes como Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, e na nova hermenêutica, em especial a Teoria Estruturante de Friedrich Müller.

Autores, como Barroso⁷⁵ e Carbonell⁷⁶, estruturam a teoria neoconstitucionalista a partir de marcos ligados à historicidade (segundo pós-guerra), juridicidade (supremacia da Constituição) e filosofia (superação do positivismo exegético), todavia os elementos desenvolvidos pela teoria neoconstitucionalista em seus trabalhos não são suficientes para enquadrá-la como uma teoria pós-positivista.

Para que uma teoria seja enquadrada como pós-positivista são exigidas algumas premissas fundamentais: 1) distinção entre texto e norma; 2) reconhecimento da interpretação como ato histórico produtivo; 3) reconhecimento da decisão como ato interpretativo não silogístico; 4) função normativa da teoria do Direito; 5) inadmissibilidade da discricionariedade judicial.⁷⁷ Assim, não basta que determinada teoria tenha sofrido influência do pós-positivismo, sob alguns aspectos, para que possa ser reconhecida como pós-positivista.

Com efeito, autores proeminentes do neoconstitucionalismo, como Barroso⁷⁸, reconhecem a importância do pós-positivismo na estruturação do neoconstitucionalismo, reconhecendo-o como marco filosófico da referida teoria, destacando ainda a atribuição de normatividade aos princípios, a habilitação da razão prática e da argumentação jurídica, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais alicerçada na dignidade humana como principais legados do pós-positivismo. Todavia, em momento algum, Barroso afirma que neoconstitucionalismo é um sinônimo de pós-positivismo, ele apenas se limita a apontar que

⁷⁴ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 435.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006, p. 47.

⁷⁶ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (orgs.). **El canon neoconstitucional**. 1. ed. Madrid: Trota, 2010, p. 154-155.

⁷⁷ ABOUD, Georges, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 05-06.

esse último é um importante referencial filosófico para o desenvolvimento da teoria neoconstitucionalista. Com efeito, em comparação com os requisitos apontados por Abboud⁷⁹, os marcos apontados por Barroso não têm o condão de qualificar o neoconstitucionalismo como uma teoria pós-positivista, muito menos podem enquadrá-lo como um sinônimo de pós-positivismo.

Com efeito, Ramos⁸⁰ destaca que o neoconstitucionalismo brasileiro não possui inspiração pós-positivista, mas sim antipositivista. Sendo, na verdade, uma variante mitigada do jusnaturalismo, na medida em que propugna por um distanciamento de categorias metafísicas e do subjetivismo, buscando respaldo teórico na racionalidade argumentativa de Robert Alexy e na integridade do Direito de Ronald Dworkin.

Em posicionamento semelhante, Streck⁸¹ pontua que o neoconstitucionalismo brasileiro é uma derivação da jurisprudência da valoração, ou dos valores, importante corrente jurídica alemã do século XX, somada à recepção acrítica de outras teorias estrangeiras, com destaque para a ponderação de Robert Alexy e ao ativismo norte-americano. Por fim, sustenta o autor, que o neoconstitucionalismo, no plano teórico-interpretativo, representa uma superação daquilo que Ferrajoli denomina de “paleojuspositivismo”, isso é, a manifestação mais arcaica do positivismo jurídico, abandonado, inclusive pelos próprios positivistas contemporâneos, sejam os inclusivistas, ou os exclusivistas.

Desse modo, vê-se ser equivocado o uso indiscriminado das expressões “neoconstitucionalismo” e “pós-positivismo”, na medida em que eles não são conceitos sinônimos, nem mesmo há entre eles uma relação de contenção, isto é, um não contém ou está contido no outro. Isso, contudo, não significa que não haja pontos de convergência entre as duas correntes doutrinárias, como a superação do velho modelo positivista exegético, e o reconhecimento do juiz como criador do Direito. O ponto aqui destacado é apenas que os dois institutos são fenômenos distintos. Logo, é indevido o seu emprego de forma acrítica e indiscriminada.

⁷⁹ ABOUD, Georges, **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 43.

⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296-297.

⁸¹ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35-36.

Feitas essas distinções propedêuticas, passa-se agora a uma análise crítica e pormenorizada do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo.

1.3.1 O papel do Judiciário diante do neoconstitucionalismo

A vitalidade da teoria da separação dos poderes é devida, sobremaneira, a sua capacidade evolutiva, de modo a adaptar-se às novas realidades político-jurídicas. As funções do Estado passaram por profundas transformações em sua estrutura e funcionamento, de sua idealização por Montesquieu no século XVIII até as atuais democracias contemporâneas. O Judiciário, por óbvio, não permaneceu imune a transformações nesse longo transcurso histórico. Dentre as principais esferas de influência na mudança do papel dos juízes nesse período não se pode olvidar do neoconstitucionalismo.

Carbonell⁸² aponta que a construção do neoconstitucionalismo está fundada em três elementos essenciais: o texto constitucional, a prática jurisprudencial e o desenvolvimento teórico. Sob outra perspectiva, Barroso⁸³ leciona que a construção do neoconstitucionalismo só foi possível graças à conjugação de três marcos: histórico, teórico e filosófico.

O marco histórico do neoconstitucionalismo é o pós-segunda guerra (1945), no caso da Europa, e, em relação ao Brasil, está atrelado ao contexto da redemocratização e da Constituição Federal de 1988. O período que sucedeu à segunda guerra está marcado pela derrocada dos regimes autoritários na Europa Ocidental; além do restabelecimento da Democracia, com a consequente promulgação de constituições democráticas e a instituição de cortes constitucionais. Já no caso do Brasil, o contexto histórico está marcado pelo fim do regime militar (1964-1985) e pela promulgação da Constituição de 1988. Assim, tanto na Europa, quanto no Brasil, o surgimento do neoconstitucionalismo esteve atrelado ao processo de redemocratização e a superação de regimes governamentais autoritários.⁸⁴

⁸² CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (orgs.). **El canon neoconstitucional**. 1. ed. Madrid: Trota, 2010, p. 154-155.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006, p. 47.

⁸⁴ Ibidem, p. 03-04.

Segundo Barroso, o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo. Leciona o autor que as Democracias do segundo pós-guerra abandonaram o positivismo exegético, dominante no século XIX e início do século XX, e adotaram uma filosofia jurídica de viés pós-positivista. De plano, faz-se necessário frisar que o que se convencionou chamar de pós-positivismo não é uma doutrina unitária e unívoca, mas uma série de correntes jurídicas que buscam embasar os sistemas constitucionais democráticos, tentando conciliar os modelos tradicionais outrora tidos como opostos: positivismo e jusnaturalismo. Assim, o pós-positivismo não pretende derogar as relevantes contribuições do positivismo jurídico, tampouco busca repristinar o direito natural greco-romano e medieval. Na verdade, como aponta Barroso, “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.⁸⁵

Ramos⁸⁶, contudo, contesta os argumentos lançados por Barroso. Para ele, o neoconstitucionalismo está marcado por um fluido moralismo jurídico, que apesar de não desprezar o direito posto (como indica Barroso), o descarta, caso seja necessário para fazer prevalecer a ordem de valores ao qual o jurista neoconstitucionalista presta vassalagem. Assim, sustenta Ramos, que o neoconstitucionalismo é uma espécie de jusnaturalismo mitigado, o qual se afasta de categorias metafísicas e do subjetivismo axiológico para buscar um mínimo de objetividade ética, que lhe permita superar a objetividade do direito legislado, na racionalidade argumentativa de Alexy e na experiência histórica de Dworkin.

Por derradeiro, Barroso⁸⁷ sustenta que o marco teórico do neoconstitucionalismo está balizado no tripé: força normativa da constituição; expansão da jurisdição constitucional e nova hermenêutica constitucional. Após o fim da segunda guerra, os países redemocratizados da Europa constitucionalizaram direitos e atribuíram sua guarda ao Poder Judiciário, na figura das cortes constitucionais. Os direitos antes previstos na legislação ordinária passaram a ter previsão no texto constitucional, e essa passou a ter *status* de norma jurídica. A esses fenômenos dão-se os nomes de constitucionalização do Direito e força normativa da constituição, respectivamente.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006, p. 47.

⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296-297.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 49.

Todavia, esses fenômenos não estão limitados a uma mera mudança tópica dos direitos, da lei à constituição. O fenômeno é muito mais profundo, uma vez que não apenas essa elevação de posição e dignidade implicou num maior *status* e segurança aos direitos, como obrigou que todo o ordenamento jurídico passasse a ser aplicado e interpretado a partir desse novo paradigma. Em outras palavras, o norte para aplicação do direito ordinário passou a ser a constituição, com seus direitos e garantias, devendo todas as decisões das causas levadas ao Judiciário buscar respostas diretamente no texto constitucional. Por conseguinte, o fenômeno da constitucionalização dos direitos inaugurou uma nova perspectiva jurídica, na qual a constituição é simultaneamente tanto um vetor positivo de garantias, quanto a base para interpretação e aplicação do direito comum.

Com essas alterações, coube aos tribunais a missão de velar e cumprir os mandamentos constitucionais, os quais deixaram de ser mero vetor de intenções políticas, para serem autênticas normas jurídicas. Sendo norma, a constituição passou a ter força cogente e executoriedade, cabendo aos juízes aplicar tais atributos, independentemente da composição parlamentar. Através do neoconstitucionalismo, como lembra Sarmiento⁸⁸, o Direito passou a ser analisado, majoritariamente, a partir de uma perspectiva interna, atribuída ao aplicador e ao intérprete (juízes e tribunais), deixando para segundo plano a perspectiva externa, na qual o legislador está inserido.

A confiança da guarda dos direitos fundamentais aos tribunais constitucionais se baseou, sobretudo, no fato de eles não estarem sujeitos à política eleitoral e às eventuais maiorias populares ou governamentais. Assim, sob a guarda das cortes constitucionais, os direitos fundamentais estariam melhor protegidos. Todavia, Santos⁸⁹ questiona essa premissa. Para ele, não há fundamentos que justifiquem que a tutela realizada pelo Judiciário seria mais benéfica do que se realizada pelos demais Poderes; especialmente pelo fato de que a posição desses tribunais sobre direitos fundamentais também pode variar. Como são órgãos colegiados, as maiorias eventuais igualmente impactam no processo de guarda de direitos constitucionais. Não raro, verificam-se mudanças bruscas no entendimento das cortes constitucionais quando da

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

⁸⁹ SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 34-35.

modificação de sua composição. A título de exemplo, a interpretação dada pelo STF ao inciso LVII do art. 5º da CF/88⁹⁰ mudou três vezes em menos de dez anos.

Nesses termos, não há como garantir que as cortes constitucionais, pela maioria de seus membros, serão sensíveis aos direitos fundamentais. Do contrário, perdem sentido discussões sobre ativismo e garantismo, liberalismo e estatismo, conservadorismo e progressismo... dentro das cortes constitucionais. Por isso, Santos conclui que “não há uma consequência lógica entre a criação de uma corte constitucional e maior proteção de direitos fundamentais”.⁹¹

Com efeito, Ramos⁹² aponta uma série de objeções ao tripé teórico proposto por Barroso (força normativa da constituição, expansão da jurisdição constitucional e nova hermenêutica constitucional).

Quanto ao primeiro ponto, ele aponta inexistir constitucionalismo sem que haja supremacia formal da constituição, o que exige um procedimento rígido e diferenciado para alteração do texto constitucional; além de uma estrutura de controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais. Desse modo, não há constitucionalismo sem força normativa da constituição. Portanto, é indevido creditar ao neoconstitucionalismo o atributo da força normativa da constituição.

Quanto ao segundo ponto, Ramos aponta que o retardamento dos consectários da supremacia da constituição se deveu, sobretudo, a fatores históricos e ideológicos, como a supremacia parlamentar, predominante na Europa até a segunda guerra. Assim, a baixa efetividade das constituições se deveu a fatores, como a confusão entre Ciência Política e Direito Constitucional. Todavia, uma vez organizado um sistema oficial de controle de constitucionalidade, tendo por pioneiras as constituições da Áustria e da Tchecoslováquia, ambas em 1920, a jurisdição constitucional se expandiu por todos os países europeus, alcançando desenvolvimento pleno nos anos 1950. Desse modo, sustenta o autor que o referido

⁹⁰ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁹¹ SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 35.

⁹² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 297-298.

fenômeno diz respeito à afirmação do constitucionalismo e a autonomia do Direito Constitucional, e não a um neoconstitucionalismo.

Por fim, no que toca ao terceiro ponto, a nova hermenêutica constitucional, Ramos aponta não existir nenhuma incompatibilidade entre o positivismo e os avanços teóricos no campo da teoria da interpretação. Pelo contrário. O autor sustenta que esses avanços foram determinantes para o aperfeiçoamento e evolução do positivismo jurídico. Sobre esse último ponto, o autor destaca ainda que:

Se há algo próprio ao neoconstitucionalismo em matéria de Teoria da Interpretação é o exagero na valorização dos princípios constitucionais. Não se trata da afirmação do caráter vinculante das normas-princípio, algo que o constitucionalismo *tout court* já houvera incorporado de há muito e sim de autêntica principiologização do Direito Constitucional, que passa a desprezar regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar.⁹³

Não raro, a expressão neoconstitucionalismo é empregada sem maiores detalhamentos, como se se referisse a uma doutrina ou movimento coeso e homogêneo. Todavia, isso está longe de ser verdade. O termo é comumente associado aos mais diversos movimentos constitucionalistas do pós-segunda guerra (marco histórico), os quais partilham a tese de uma nova abordagem do direito, tendo por base a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e o direcionamento do exercício dessa função a órgãos não eleitos, em tese menos vulneráveis a interesses majoritários, como é o caso das cortes constitucionais.

Apesar desses pontos em comum, doutrinadores como Abboud⁹⁴ apontam que não existe propriamente uma escola neoconstitucionalista, mas apenas um grupo de doutrinadores que partilham a noção comum de que o segundo pós-guerra foi o campo de nascimento de um novo constitucionalismo, marcado pela prevalência principiológica (especialmente a dignidade humana), força normativa da constituição, eficácia dos direitos humanos e reconfiguração da separação dos poderes.

A recepção acrítica no Brasil do referido movimento, contudo, não foi acompanhada por um cânone uniformizador. Por isso, algumas das principais características daquilo que convencionou chamar de neoconstitucionalismo são sua plasticidade e ductilidade, responsáveis por sua contínua e amorfa expansão, justamente por estar estruturada em

⁹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 298-299.

⁹⁴ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 436.

postulados superficiais, os quais, por vezes, servem mais como argumento retórico e de autoridade, do que necessariamente como uma doutrina científica.

Costumeiramente, é atribuído ao neoconstitucionalismo méritos indevidos, ou ao menos, superdimensionados. Um deles é o de que antes do referido paradigma a constituição era tida como um corpo jurídico menor, se comparado aos códigos de direito ordinário, ou às leis em geral. Assim, leva-se indevidamente a crer que somente com ele é que a Constituição ganhou a centralidade do ordenamento, como norma hierarquicamente superior e fator de validade das normas infraconstitucionais. Nesse sentido, é a lição de Rodrigues Júnior:

Assim, salvo se o objetivo for explorar a literatura jurídica do século XIX, não há como defender que, especialmente após os anos 1920, alguém considerasse possível o Código Civil contrariar uma norma constitucional, seja diretamente ou por ação do legislador, seja, por meio de interpretações que ignorassem ou violassem o texto constitucional. Outra decorrência lógica dessa observação está em que, uma vez definida a posição hierárquica da Constituição no sistema de fontes (algo que tem, como dito, sabor medieval) e no sistema jurídico (algo mais “moderno”), seria inimaginável que um civilista (um penalista, um administrativista ou um comercialista) dissesse algo como “o código civil é central no ordenamento jurídico ou no sistema de fontes”⁹⁵

O mesmo se diga do mito de que somente com o neoconstitucionalismo foi permitido aos juízes aplicarem diretamente a Constituição em suas decisões judiciais, inclusive para afastar a incidência de uma lei ordinária reputada por eles como inconstitucional. Desde o século XIX é possível encontrar registros de tal controle, como o observado por Tocqueville em seu estudo sobre o Judiciário dos Estados Unidos:

A causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na constituição, em vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecem inconstitucionais.

(...) Nos Estados Unidos, a constituição domina tanto os legisladores como os simples cidadãos. Ela é, pois, a primeira das leis e não poderia ser modificada por uma lei. Assim é justo que os tribunais obedeçam à constituição, de preferência a todas as leis. Isso decorre da própria essência do poder judiciário: escolher entre as disposições legais as que o encadeiam mais estreitamente é, de certa forma, o direito natural do magistrado.

(...) Quando se invoca, diante dos tribunais dos Estados Unidos, uma lei que o juiz considera contrária à constituição, ele pode se recusar a aplicá-la, pois. Esse poder é o único particular ao magistrado americano, mas dele decorre uma grande influência política. De fato, há poucas leis de tal natureza que escapem por muito tempo à análise

⁹⁵ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 178.

judiciária, pois poucas há que não firam um interesse individual e que algum litigante não possa ou não deva invocar diante dos tribunais.⁹⁶

Ainda sobre o controle judicial de constitucionalidade das leis, Rodrigues Júnior⁹⁷ aponta que até mesmo técnicas tidas como contemporâneas ao neoconstitucionalismo, como a interpretação conforme à constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, possuem uma origem bem mais remota que o pós-segunda guerra. Até porque todas as técnicas de controle de constitucionalidade são destinadas a exercer o controle sobre a validade das leis e o parâmetro para tanto é o próprio texto constitucional. Logo, seria igualmente equivocado creditar ao neoconstitucionalismo o mérito pelo exercício do controle de constitucionalidade pelos magistrados.

Como já pontuado, a viga-mestra do neoconstitucionalismo é a ideia de constitucionalização do Direito, entendida tanto como a positivação de direitos no corpo da constituição, quanto a tomada da constituição como vetor interpretativo da legislação infraconstitucional. Abboud⁹⁸, contudo, observa haver uma certa confusão acerca do que venha propriamente a ser o fenômeno da constitucionalização e como ele se conecta ao neoconstitucionalismo. Para o autor, a constitucionalização não tem a ver com interpretação das normas à luz da constituição; eleição da dignidade humana como valor fundamental; controle de constitucionalidade; uso de cláusulas gerais; ou mesmo pôr a constituição no centro do ordenamento jurídico. De outra banda, sustenta que são manifestações corretamente atreladas à constitucionalização a elevação de normas ordinárias ao *status* constitucional; a reforma legislativa para adequar a legislação ordinária ao texto constitucional e o reconhecimento jurídico-normativo dos preceitos constitucionais.

Pelas razões expostas, Abboud arremata que:

Sem nenhum exagero, nos parece que o termo “neoconstitucionalismo” é sobretudo conceito sem sentido que tem servido de base para duas práticas patológicas em nosso sistema jurídico: 1) tem servido para legitimar em sem número de ativismos judiciais e julgamentos discricionários ao argumento de que o juiz já não é aquele boca fria da lei, logo está livre para fazer justiça, inclusive corrigindo o direito vigente e democraticamente estatuído; e 2) a ideologia neoconstitucionalista ao se espalhar nas

⁹⁶ TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 113-115.

⁹⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 183-184.

⁹⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 439.

áreas específicas do direito, (e.g., direito civil, processual civil) tem disseminado completa insegurança jurídica por meio de extermínio da própria dogmática.⁹⁹

Sob outra perspectiva, Pozzolo¹⁰⁰ leciona que diferente da visão garantista de constituição defendida pelo liberalismo, marcada por uma visão de direitos negativos e limitação dos poderes do Estado; o neoconstitucionalismo está voltado a uma visão preceptivo-substantiva, na qual a constituição é encarada como uma direção vinculante, ou ainda como um ordenamento de valores estruturado para a aplicação da legislação. Ademais, observa a autora que, no neoconstitucionalismo, há uma preocupação constitucional como os valores, como a busca pela justiça na aplicação da legislação.

Uma das principais críticas da doutrina neoconstitucionalista ao positivismo é a sua aplicação silogística da lei, a qual pode ser traduzida no brocardo *“le juge est la bouche de la loi* (o juiz é a boca da lei)”. Assim, para os neoconstitucionalistas, a validade da legislação não pode se contentar com a sua correção formal. Exige-se ainda uma adequação do texto aos valores fundamentais, notadamente a justiça. Nisso, nota-se uma aproximação entre Direito e moral, a qual nem sempre é acompanhada pelo rigor jurídico, abrindo azo ao decisionismo e ao ativismo.

Paradoxalmente, em sua pretensão de aplicação da justiça no Direito, não raro, o neoconstitucionalismo emprega instrumentos tipicamente positivistas, como a distinção entre ponto de vista interno e externo (desenvolvida por Hart), todavia reinterpretando-a para uma distinção entre observadores e participantes da norma; além da concepção de norma ligada à visão de “razão para a ação”, só que exigindo que ela seja moralmente correta. O principal instrumento copiado do positivismo pelo neoconstitucionalismo, fazendo-o se distanciar das formas tradicionais de jusnaturalismo, é a positivação do conteúdo da justiça do ordenamento, o qual não é tido como um ideal externo, mas sim como um elemento constitutivo e intrínseco ao sistema jurídico, alimentado pelos valores constitucionalizados. Desse modo, os valores de justiça, antes tidos como meras proclamações políticas e não vinculantes, foram dotados de força obrigatória, tornando-se vetores a serem perseguidos pelos poderes públicos. Dito de outro modo, segundo a hermenêutica neoconstitucionalista, para ser legítima, a ação dos

⁹⁹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 439.

¹⁰⁰POZZOLO, Susana. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editor Trotta, 2010, p. 172-173.

Poderes deve estar em conformidade com os valores e princípios constitucionais. Logo, o neoconstitucionalismo enxerga a moral como um critério de validade do Direito, transformando o positivista juízo externo sobre a justiça do direito em um juízo interno sobre a validade do Direito.¹⁰¹

O apelo neoconstitucionalista por decisões fundadas em valores metajurídicos, como justiça, no entanto, está longe de ser uma unânime técnica de aplicação do Direito. Abboud, por exemplo, adverte sobre os perigos desse procedimento:

A invocação de valores, sob o subterfúgio do uso de princípios constitucionais, aliado ao uso constante de conceitos fluidos sem justificativa, faz com que conceitos dogmáticos percam sua importância na aplicação do direito. Por exemplo, em termos de segurança jurídica, conceito dogmático como o de negócio jurídico, na prática, tem apresentado cada vez menos serventia uma vez que pode sofrer mutações de toda ordem sob o argumento de boa-fé, função social ou qualquer outro termo vago que queira invocar para se alcançar a decisão considerada mais justa pelo julgador.¹⁰²

A advertência retro, lançada por Abboud, exprime, talvez, o maior “calcanhar de Aquiles” do neoconstitucionalismo: a insegurança jurídica, causada especialmente pelo emprego excessivo de critérios plásticos de decisão. O novo modelo constitucional adotou uma heterodoxa forma de interpretação, uma vez que privilegia a vagueza principiológica dos valores, como justiça, em detrimento da segurança das regras.

Assim, leva-se mesmo a crer ser inviável que alguma matéria do Direito, por mais simples que seja, não esteja regida por uma série de princípios, de modo que ao julgar, deve o magistrado se guiar primeiro por eles, e não pelas regras, ainda que essas estejam expressas de forma clara. Ou ainda, não raro, ouve-se a torta ideia de que julgar segundo regras é algo ultrapassado, ou mesmo “positivista”. Assim, para ser um julgador atual, deveria o magistrado julgar segundo os princípios, ou no mínimo, aplicar as regras a partir de uma leitura principiológica. O resultado dessa idiossincrática técnica de julgamento e interpretação é a generalizada insegurança jurídica, na medida em que as regras já não são tidas como vetores seguros de julgamento, uma vez que poderá sempre o juiz afastar sua incidência para dar lugar a um princípio, ainda que implícito.

¹⁰¹ POZZOLO, Susana. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editora Trotta, 2010, p. 172-173.

¹⁰² ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 439.

Vale esclarecer que a crítica direcionada ao neoconstitucionalismo não diz respeito propriamente ao fato de juízes poderem usar princípios em suas decisões. Não se nega que os princípios possuem densidade normativa, portanto, possuindo caráter obrigatório. A real inquietação reside no abuso do emprego dessas espécies normativas, de modo a, de forma casuística, afastar a incidência das regras para se fazer valer uma abusiva leitura principiológica. Isto é, desconectada de uma prévia maturação jurisprudencial, notadamente aquela exercida pelos tribunais superiores, ou de uma satisfatória fundamentação decisória. Logo, não é o uso de princípios que é alvo de críticas, mas o seu abuso.

Ademais, uma das particularidades dos sistemas jurídicos contemporâneos é a superação da lição do positivismo jurídico arcaico segundo a qual a concentração da produção jurídica estaria reduzida a uma única instância, a legislativa. A referida visão é por demais problemática, na medida em que reduz tudo o que pertence ao mundo do Direito àquilo disposto nas leis, sendo, pois, uma leitura equivocada do sistema jurídico e da própria ciência do Direito, isso porque reduz o jurista a um mero serviçal da lei, ou ainda, a um buscador da vontade do legislador¹⁰³.

Uma das maiores deficiências do positivismo jurídico reside no seu caráter por demais fechado e formalista quanto à produção e aplicação do Direito. Por ele, o método do silogismo das regras deu a tônica na aplicação do Direito desde o século XIX. Todavia, o seu engessamento encontrou sérios desafios com o reconhecimento de direitos fundamentais como normas jurídicas, em sociedades cada vez mais complexas e plurais. Assim, a noção de direito rígido, absoluto e formalista cedeu espaço para uma concepção dúctil. Sendo, ademais, tal atributo (a ductilidade), a principal tônica dos atuais Estados constitucionais.

Tudo isso, segundo Zagrebelsky, deve-se ao fato de que:

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

¹⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9. ed. Madrid: Editora Trota, 2009, p. 33.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 14.

¹⁰⁵ Tradução livre: A coexistência de valores e princípios, sobre os quais uma Constituição deve necessariamente se basear hoje para não renunciar às suas tarefas de unidade e integração e ao mesmo tempo não se tornar

Sucedee que a ideia de ductilidade constitucional proposta pelo doutrinador italiano supramencionado deve ser compreendida como coexistência e compromisso. Isso é, as constituições seriam imbuídas do compromisso de garantir sistemas jurídicos nos quais seja assegurada a coexistência e preservação de valores e direitos antagônicos. Isso porque se cada princípio ou direito fosse tomado como absoluto, seria impossível admitir outros a seu lado. Desse modo, o atributo da ductilidade não pode ser confundido como um subterfúgio para alteração personalista e casuística do Direito, mas sim como técnica de preservação de valores colidentes.

Para disciplinar um direito fluido/dúctil, exige-se, por conseguinte, uma dogmática igualmente fluida. Nesse sentido, leciona Zagrebelsky:

La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que vierten - los conceptos - mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. Puesto que no puede haber superación en una síntesis conceptual que fije de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta fijeza, la formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional.¹⁰⁶⁻¹⁰⁷

Desse modo, vê-se que o constitucionalismo do pós-segunda guerra, abordado pelo magistrado italiano acima mencionado, está pautado na superação de concepções absolutas de direitos e de constituição. Assim, não pode a ciência do Direito ignorar que a viabilidade da convivência social, em sociedades cada vez mais plurais, depende do abandono de visões absolutas e formalistas e a adoção de concepções mais maleáveis, de modo a harmonizar as diferenças. Assim, muito mais que um simples valor, a relativização/ponderação é uma condição necessária para a coexistência dos temas centrais do constitucionalismo contemporâneo.

Por vezes, a postura da ductilidade é degenerada em casuísmos. Assim, abandona-se o rigor formal em benefício de supostos valores constitucionais elevados. Ora, não se pode

incompatível com sua base material pluralista, exige que cada um desses valores e princípios sejam assumidos com caráter não absoluto, compatível com aqueles com os quais deve coexistir.

¹⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9. ed. Madrid: Editora Trota, 2009, p. 17.

¹⁰⁷ Tradução livre: A dogmática constitucional deve ser como o líquido onde as substâncias que despejam - os conceitos - mantêm sua individualidade e convivem sem embates destrutivos, ainda que em movimentos de oscilação concertada e, em todo caso, sem que um único componente possa impor ou eliminar os demais. o resto. Como não pode haver aperfeiçoamento em uma síntese conceitual que fixe de uma vez por todas as relações entre as partes, degradando-as a simples elementos constitutivos de uma realidade conceitual que as engloba com absoluta fixidez, a formulação de um dogma rígido não pode ser o objetivo de ciência constitucional.

confundir formalismo com legalidade. Dito de outro modo. Na construção do Direito, exige-se a observância dos trâmites e formas legais (*due process*), isso, contudo, não implica que o Direito se limite à sua forma. Afinal, ela é de suma importância para ele, mas não o contém. Logo, o Direito transcende à forma, mas não a ignora.

Portanto, à luz da doutrina de Zagrebelsky, deve-se somar ao caráter formal do Direito uma dimensão substancial. As duas dimensões não são antagônicas, mas complementares. Desse modo, é defeso que o juiz molde discricionariamente a forma de um direito, ou a ignore, com vistas a obter uma alegada substancialidade, quando tal ação se der em descompasso com a legalidade.

A ductilidade visa ponderar valores fundamentais colidentes em sociedades plurais e complexas, com vistas a uma convivência social harmônica.¹⁰⁸ Nessa tarefa, por óbvio, não é legítimo que se imponha, em grau absoluto, um valor sobre os outros, pelo fato de ele estar de acordo com as convicções de justiça do magistrado. Afinal, a ductilidade foi pensada para atender às necessidades dos destinatários do direito, e não as dos julgadores.

Outra característica da transformação judicial promovida pelo neoconstitucionalismo é a aproximação entre Direito e Política, causada por sua defesa da necessidade de uma interpretação moral da constituição, a qual é por ele encarada como um instrumento para concretização dos objetivos políticos do Direito, como aponta Pozzolo:

Entre los tantos aspectos problemáticos que este enfoque genera, uno es particularmente relevante: esta perspectiva pone en entredicho el equilibrio interno entre las funciones del poder en el (modelo del) Estado de derecho. El juez constitucional pasa de tener una tarea idealmente pasiva y de simple control, a una tarea activa y más política; tiende a presentarse como el agente consciente del cambio constitucional (de la evolución interpretativa); pero también el juez ordinario está involucrado en el cambio dado que, en la medida en que el texto constitucional está sujeto a una interpretación dirigida a obtener normas directamente aplicables a las controversias, también él tendrá una tarea más política.^{109,110}

¹⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9. ed. Madrid: Editora Trotta, 2009, p. 17.

¹⁰⁹ POZZOLO, Susana. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editora Trotta, 2010, p. 177.

¹¹⁰ Tradução livre: Entre os muitos aspectos problemáticos que essa abordagem gera, um é particularmente relevante: essa perspectiva põe em questão o equilíbrio interno entre as funções do poder no (modelo de) Estado de direito. O juiz constitucional passa de uma tarefa idealmente passiva de simples controle para uma tarefa ativa e mais política; tende a apresentar-se como o agente consciente da mudança constitucional (da evolução interpretativa); mas o juiz ordinário também está envolvido na mudança, uma vez que, na medida em que o texto constitucional está sujeito a uma interpretação que visa obter normas diretamente aplicáveis às controvérsias, ele também terá uma tarefa mais política.

O neoconstitucionalismo é refratário à figura do juiz passivo, cara ao garantismo liberal positivista. Para essa corrente, o juiz é muito mais que um simples aplicador do direito posto. Ele é verdadeiro agente de transformação e implementação de políticas sociais por meio do seu ofício judicante. Guiado por essa visão, Barroso¹¹¹ chega mesmo a defender que as cortes constitucionais possuem um papel iluminista, responsável por empurrar a história.

Obviamente a direção a ser empurrada é aquela da predileção pessoal do julgador, ainda que não confessada. Em sua missão, precisará o juiz ativista de instrumentos hábeis à construção do seu futuro iluminista. É aqui que entra o emprego indiscriminado da principiologia, dos valores e da moral, useiros e vezeiros no neoconstitucionalismo. Sendo aqueles fluídos, poderá o juiz ativista dar à norma o formato que melhor lhe aprouver, sempre com um fundamento pretensamente principiológico-moral, como justiça racial, igualdade de gênero ou valor social do trabalho.

Sob esse paradigma o juiz deixa de ser um simples julgador. Ele se transforma não só num criador do direito, mas também em um instituidor de políticas públicas e sociais, ainda que desprovido de base legal para tanto. Assim, o juiz neoconstitucionalista é verdadeiro agente político, ainda que sem legitimidade eleitoral para tanto. Ao contrário do juiz garantista, ele não está limitado a agir nos termos da lei. Ele próprio, como concretizador da Constituição, atua diretamente na perseguição dos seus valores fundamentais, não precisando esperar a prévia atuação legislativa.¹¹²:

En este proceso, la función judicial ya no se configura y no se autorrepresenta como un mero garante, sino como un instrumento de balance del (contra el) poder legislativo. La perspectiva neoconstitucionalista, gracias a la concepción de la completitud de la Constitución, incentiva la judicialización de las políticas elegidas, favorece el pasaje del poder de elegir (decidir) de las manos del legislador a las manos de la jurisdicción. Y todo esto sin que se presente una modificación del cuadro institucional para reequilibrar el desplazamiento de poder: la operación doctrinal, ai parecer, presupone una jurisdicción como poder neutro.¹¹³⁻¹¹⁴

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set.-dez. 2019, p. 24-25.

¹¹² POZZOLO, Susana. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editora Trotta, 2010, p. 177-178.

¹¹³ Ibidem, p. 177-178.

¹¹⁴ Tradução livre: Nesse processo, a função judiciária deixa de se configurar e não se apresenta como mero fiador, mas como instrumento de equilíbrio do (contra) poder legislativo. A perspectiva neoconstitucionalista, graças à concepção de integralidade da Constituição, incentiva a judicialização das políticas escolhidas, favorece a passagem do poder de escolha (decidir) das mãos do legislador para as mãos da jurisdição. E tudo isso sem

Um dos desdobramentos do neoconstitucionalismo é a interpretação e aplicação do direito ordinário à luz da principiologia constitucional.¹¹⁵ Assim, sob o argumento de constitucionalização do direito e força normativa da constituição, os institutos do direito civil, processual ou trabalhistas, por exemplo, não podem ser aplicados apenas segundo suas regras próprias. Previamente, exige-se uma leitura principiológica. Desse modo, caberia ao magistrado, antes de deferir uma ordem de despejo por inadimplemento, olhar o caso sob as lentes do direito social à moradia, ou ainda segundo à função social da propriedade. Do mesmo modo, ao julgar a extinção do contrato de trabalho por iniciativa unilateral do empregador, caberia ao juiz fazer valer o princípio da continuidade e dos valores sociais do trabalho, não devendo olhar apenas o caso sob a ótica da liberalidade negocial ou do direito de contratação, ou ainda, apenas segundo as regras estabelecidas na CLT.

Sob a perspectiva neoconstitucionalista, foi desenvolvida a tese instrumentalista, segundo a qual a jurisdição não possui apenas escopo jurídico. Como leciona Dinamarco,¹¹⁶ ela possuiria ainda os escopos social e político. Seu escopo social consiste em pacificar com justiça e educação. Já o escopo jurídico está atrelado à atuação da vontade concreta do direito objetivo. Por fim, o escopo político reside em afirmar a dotação estatal de decidir imperativamente, salvaguardar a liberdade e propiciar a participação popular nos desígnios sociais.¹¹⁷

Em oposição a essa atribuição de escopos não jurídicos à jurisdição, Abboud¹¹⁸ questiona sua razão, indagando se para “atender a um escopo político (espaço de representatividade da maioria), obrigatoriamente, deve-se abonar a função contramajoritária que é ínsita ao Judiciário”. Abboud sustenta ainda que o fato de certas e determinadas decisões judiciais possuírem reflexos políticos e sociais não implica que competiria ao Judiciário a concretização desses escopos (social e político).

apresentar uma modificação do quadro institucional para reequilibrar o deslocamento do poder: a operação doutrinária, ao que parece, pressupõe uma jurisdição como poder neutro.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006, p. 68.

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 128.

¹¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista OABRJ**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 2008, p. 11-31.

¹¹⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 282.

Na mesma esteira, Sperandio¹¹⁹ questiona a viabilidade do modelo que atribui escopos sociais e políticos à jurisdição, uma vez que há uma impossibilidade objetiva para determinar seu conteúdo, sob pena de incorrer na falácia do juiz antena, isto é, “longe de aplicar a vontade da sociedade, o modelo de juiz pressuposto pela teoria instrumentalista impõe a sua vontade e as suas convicções para a pluralidade social”¹²⁰.

Vê-se que as preocupações com a aproximação do Direito com a Política, encorajadas pelo neoconstitucionalismo, são sensatas. Admitir que as decisões judiciais se sujeitem a escopos político e social pode comprometer a autonomia do Direito, a separação dos poderes e a própria independência funcional do magistrado. Isso porque o seu parâmetro decisório seria deslocado da lei para *standards* abstratos, como redução da desigualdade social e da marginalização (ínsitas ao escopo social), ou efetivação de direitos fundamentais, ainda que consagrados em normas de eficácia limitada (cara ao escopo político). Além disso, estaria o juiz tentado a agir como gestor público não eleito, apequenando o Legislativo e o Executivo. Ademais, por se distanciar de valores jurídicos, trocando-os por outros de viés político e social, estaria o magistrado sujeito a pressões de movimentos, partidos ou minorias políticas ou sociais. Desse modo, vê-se que não pode o juiz substituir as regras do Direito pelo escrutínio popular, político ou social, sob pena de descaracterização da própria função judicial.

Pelas razões expostas, extrai-se que o neoconstitucionalismo foi um paradigma de relevo para a difusão do ativismo judicial no Brasil.¹²¹ Isso porque seus postulados teóricos, especialmente o uso de valores metajurídicos, expandiu o campo de atuação dos juízes, propiciando, não raro, a indevida substituição do direito legislado por seus valores pessoais, alegadamente princípios expressos ou implícitos. Apesar de, em teoria, não desprezar a lei (leia-se o texto), o neoconstitucionalismo abre azo para a deformação de sua interpretação (criação da norma), na medida em que autoriza o juiz a adotar visões criativas do Direito, isto é, deslocadas do texto legal e da jurisprudência. Portanto, parece assistir razão a Ramos¹²² quando alega que o neoconstitucionalismo não é pós-positivista, mas antipositivista; consistindo numa

¹¹⁹ SPERANDIO, Pedro Lube. **A quebra da imparcialidade decorrente dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória. 2020, p. 63-64.

¹²⁰ Ibidem, p. 63-64.

¹²¹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 439.

¹²² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296.

espécie de moralismo jurídico justificador de posturas ativistas. Assim, o neoconstitucionalismo se aproxima mais de uma ideologia política do Direito, do que necessariamente de uma corrente do constitucionalismo.

1.3.2 O pós-positivismo e seus reflexos na atuação judicial

Uma vez analisado o importante marco teórico do neoconstitucionalismo, passa-se agora a uma análise do pós-positivismo e dos seus reflexos na atuação judicial brasileira.

Segundo Abboud,¹²³ o pós-positivismo é um paradigma jusfilosófico que analisa o fenômeno jurídico conjugando-o com a realidade. Ademais, segundo o autor, para uma teoria ser enquadrada como pós-positivista, ela deve adotar uma concepção pós-positivista de norma (distinção entre texto e norma) e de decisão (abandono da técnica mecanicista de subsunção).

Ademais, o supracitado doutrinador aponta que a Teoria Estruturante do Direito, desenvolvida por Friedrich Müller, lançou as bases teóricas do pós-positivismo, pautando-se nos seguintes postulados:

(i) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (ii) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção artificial; (iii) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato - sem problema a se solucionar não há norma); e (iv) em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade. O pós-positivismo supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e de direito.¹²⁴

Isso posto, passa-se agora a uma análise detida de cada um dos elementos apontados por Abboud como sendo determinantes para estruturação do marco jurídico-filosófico do pós-positivismo.

¹²³ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 440-441.

¹²⁴ Ibidem, p. 441.

Segundo Soares¹²⁵, ao longo do seu transcurso histórico, o juspositivismo promoveu um reducionismo do fenômeno jurídico, restringindo o Direito à lei. Guiados pelo princípio da supremacia parlamentar, os doutrinadores positivistas entendiam que o pluralismo dinâmico da sociedade poderia ser minuciosamente disciplinado pela edição de diplomas legislativos. Assim, tomando o Direito como um sistema de comandos legais, a interpretação positivista se esgotava na exegese da literalidade da lei, guiados pela intenção do legislador. Desse modo, caberia aos juízes a aplicação da norma jurídica mediante uma neutra operação lógico formal (o silogismo), avessa a valores sociais.

Frise-se que o positivismo de que trata o autor retro é o legalista exegético, e não as contemporâneas manifestações positivistas posteriores ao giro ontológico-linguístico. Desse modo, as críticas levantadas à limitação da interpretação e visão do Direito do positivismo devem ser entendidas como referentes ao arcaico e superado positivismo legalista exegético do século XIX.

Com efeito, não se pode olvidar que a lógica exegética positivista estava ligada a um contexto europeu pós-absolutista, marcado pela derrocada do *ancien régime*, pelo recém-estabelecimento do Estado de Direito e pelo germinar do constitucionalismo liberal moderno. Aliás, o próprio Direito Constitucional, enquanto ramo autônomo da ciência do Direito, ainda estava em seu alvorecer, por vezes sendo confundido com a Filosofia Política, fator esse determinante para a própria limitação da autonomia do Direito e para o retardamento da expansão da jurisdição constitucional.¹²⁶ Outrossim, o liberalismo individualista deu à tônica filosófica do novel sistema jurídico, o qual estava inserido numa sociedade marcada pela desconfiança quanto ao Estado (o que, obviamente, inclui os juízes e tribunais). Desse modo, enxerga-se nos diplomas legais uma forma de conter o poder do soberano. Daí a crença ingênua de que quanto maiores fossem as relações disciplinadas nos textos legais, maiores seriam a proteção e liberdade contra a ingerência estatal. Com efeito, uma compreensão honesta do fenômeno do positivismo legalista não pode desconsiderar essas observações, sob pena de macular a compreensão do desenvolvimento do fenômeno jurídico, criando com isso uma falsa

¹²⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

¹²⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296-297

dicotomia entre um caricato positivismo irracional, fechado e absolutista e um pós-positivismo racional e científico.

Com a crescente complexidade social, jurídica e política, impulsionadas pelas duas guerras mundiais, o velho modelo legalista do século XIX, deu sinais de esgotamento. A compreensão de que o Direito estaria totalmente abarcado em textos legais, e que sua aplicação se resumiria a uma mera operação silogística de subsunção do fato à norma foi posta em “xeque” por novas teorias. Dentre as quais se destaca a Estruturante, de Friedrich Müller.

O ponto de partida da nova abordagem jurídica proposta pelo doutrinador alemão é a necessária distinção entre texto, norma e normatividade. Segundo ele, quando se fala em “lei” ou “constituição”, na verdade está se falando apenas em seu teor literal, e não da norma em si. Ambas guardam conexão, todavia não podem ser confundidas. A prescrição legal (o texto) deve ser encarada apenas como a ponta do *iceberg*, ou ainda, como o ponto de partida para se chegar ao resultado da interpretação (a norma). De outra banda, a normatividade não pode ser extraída do texto. Ela é resultante de dados extralinguísticos de tipo estatal-social, como o funcionamento e reconhecimento efetivos do ordenamento jurídico, além da atualidade desse último, para motivações empíricas em sua área. Do mesmo modo, o conteúdo de uma prescrição jurídica não está contido necessariamente no campo textual. Assim, não é a literalidade de uma norma que regulamenta um caso concreto, mas os órgãos e pessoas responsáveis pela prolação das decisões.¹²⁷

Diante dessas considerações, é possível notar uma mudança brusca na abordagem do papel da lei. Enquanto o legalismo positivista via no texto legal o próprio direito acabado, a leitura trazida por Müller o encara como um produto a ser trabalhado. Enquanto aquele concebe na literalidade do texto a própria solução do conflito jurídico, Müller a concebe como simples ponto de partida a ser trilhado pelo intérprete na obtenção da norma.

Outrossim, Müller¹²⁸ pontua que os conceitos jurídicos presentes nos textos legais fornecem apenas descrições factuais daquilo que é referido, evocando sentidos sinalizadores do que é pensado na realidade. Desse modo, a lei (leia-se, o texto) não contém a normatividade e sua estrutura material. O texto apenas conduz e limita as possibilidades legítimas da

¹²⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38-39.

¹²⁸ Ibidem, p. 41.

concretização do direito. Logo, os conceitos jurídicos presentes em textos legais não possuem significado e seus enunciados não possuem sentido, entendidos como um dado orientador acabado. Ao revés, o olhar deve ser direcionado ao trabalho do concretizador ativo (operador do Direito) e à distribuição funcional dos papéis, instituída para a missão da concretização do direito e da constituição.

Dito de outro modo, em abstrato, o texto da lei não tem significado; os enunciados não contêm sua própria noção. Eles são como argila em estado bruto, que só ganham forma (significado) quando concretizados através do processo de interpretação/aplicação do Direito pelo intérprete.

Com base nessa diferenciação, Müller¹²⁹ desenvolveu os conceitos de “programa da norma” e “âmbito da norma”. O primeiro diz respeito ao teor literal da lei, isto é, aos elementos linguísticos do processo de concretização; já o segundo diz respeito aos elementos não-textuais, referentes ao recorte da realidade social em sua estrutura básica, podendo ou não serem gerados pelo Direito. Destarte, tem-se que o texto legal, abstrato e *ex ante* constitui o “programa da norma”. Já a norma propriamente dita é o resultado de um processo que envolve tanto o “programa” (elementos linguísticos), quanto o “âmbito” (elementos não-linguísticos).

Nessa toada, Abboud¹³⁰ leciona que a norma surge como produto mediado pela linguagem, tendo por ponto de partida o texto legal, numa estreita conexão entre programa e âmbito da norma. Desse modo, adotando-se a Teoria Estruturante, é impossível o desenvolvimento de um raciocínio jurídico dissociado da realidade, pois essa é elemento integrante do âmbito normativo (e da própria norma, por decorrência), em conjunto com os elementos linguísticos componentes do programa normativo.

Por essa razão, é equivocada a tese segundo a qual há uma separação entre questão de fato e de direito, na medida em que não existe direito sem fato, ou melhor, direito sem realidade. Por isso, Müller¹³¹ apregoa que a norma jurídica não pode ser encarada com um juízo hipotético isolável do seu âmbito de regulamentação, ou ainda uma estrutura com autoridade sobreposta

¹²⁹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42.

¹³⁰ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 242.

¹³¹ MÜLLER, Friedrich, *op. cit.*, p. 43-44.

à realidade. Em verdade, ela seria uma inferência formal (ordenadora e classificadora) extraída do âmbito social regulamentado. Logo, no processo de concretização do direito, realidade e direito não podem ser tomados como grandezas que subsistem autonomamente. Assim, a ordem (*Anordnung*) e o que foi ordenado são apenas momentos distintos da concretização da norma.

Pelo exposto, vê-se que o apego à realidade fática é um valor central no pós-positivismo proposto por Müller. Por decorrência, a interpretação (processo de condensamento do programa com o âmbito normativo) não pode ser posterior à norma. Dito de outro modo, é incabível que primeiro o juiz decida, para só depois desenvolver as razões fático-jurídicas que embasaram sua decisão.

A interpretação é sempre derivada da compreensão que temos do ser-dos-entes. Ou seja, originariamente o Ser-aí compreende o ente em seu ser e, de uma forma derivada, torna explícita essa compreensão através da interpretação (*Auslegung*). Na interpretação, procuramos manifestar onticamente aquilo que foi o resultado de uma compreensão ontológica. A interpretação é o momento discursivo-argumentativo em que falamos dos entes (processo, direito, etc.) pela compreensão que temos do seu ser. Não se compreende para depois interpretar, do mesmo modo que não há interpretação sem a concomitante compreensão. A interpretação não consiste em tomar conhecimento do compreendido, mas, sim, na elaboração das possibilidades projetadas no compreender.¹³²

Desse modo, vê-se que interpretação e compreensão são processos circulares e concomitantes. Por isso é inconcebível que primeiro o juiz decida para só então buscar os fundamentos. Ora, isso não é interpretação. É fraude. Ademais, os supostos fundamentos lançados numa decisão desse tipo serão apenas *pro forma*, servindo apenas como um verniz técnico, na medida em que seu papel será apenas preencher um requisito formal da decisão (fundamentação). Todavia, materialmente ela será inexistente, uma vez que descolada dos fatos e da realidade, sendo fruto não da interpretação, mas do voluntarismo judicial. Outrossim, como aponta Abboud¹³³, essa fórmula não encontra respaldo num Estado Democrático de Direito, uma vez que é mero simulacro jurídico com vistas a disfarçar uma arbitrariedade judicial.

Decisões que seguem o modelo acima são tipicamente ativistas, visto que desprovidas de amparo jurídico substancial. Valendo-se desse arquétipo, o juiz ativista estará formalmente legitimado para impor sua visão pessoal de mundo, suas convicções político-filosóficas e seus preconceitos factuais, por isso ele primeiro decide. Após, por mero dever legal, ele buscará

¹³² ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 240.

¹³³ Ibidem, p. 240.

algum fundamento de aparência jurídica, não raro, socorrendo-se de algum princípio, para preencher a exigência constitucional de fundamentação (art. 93, IX, da CF/88).¹³⁴

Outrossim, igualmente não podem ser tomadas em apartado a interpretação e a aplicação do Direito. O ato de interpretação já consiste, inegavelmente, numa forma de aplicar o Direito. Não pode haver uma cisão entre esses dois elementos, na medida em que a aplicação pressupõe a interpretação. Do contrário, estar-se-ia a admitir a possibilidade de primeiro decidir (aplicar), para só depois interpretar.

Assim, vê-se que toda decisão que toma interpretação e aplicação do Direito como propriedades independentes é ativista, visto que o resultado da decisão é fruto de um voluntarismo judicial, e não do processo de concretização da norma. Logo, decisão ativista é aquela fruto da discricionariedade judicial, ainda que sob um verniz de juridicidade. Sendo, portanto, nula, uma vez que tomada em desacordo com a exigência do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Em razão disso, os instrumentos do programa e do âmbito da norma, propostos pela Teoria Estruturante, são de grande ajuda no combate ao ativismo e à discricionariedade judicial, isso porque apregoa que:

A norma de cada caso concreto, seja real ou fictício, produz-se por meio de uma teoria estruturante, composta por programa normativo e âmbito normativo. O texto normativo somente é compreensível quando estiver materialmente ligado ao âmbito normativo e o programa normativo, e cada norma surge para solucionar um caso concreto sempre único e irrepetível. Por conseguinte, na formulação dessa decisão (norma) torna-se viável exigir a resposta correta - constitucionalmente mais adequada -, em detrimento de considerar tolerável e legítima a produção de decisões discrepantes para o mesmo caso concreto.¹³⁵

Logo, vê-se que só existe norma em concreto. Isso é, cada norma é única e irrepetível, na medida em que feita para um caso, real ou imaginário, através de um processo hermenêutico de conglobamento do programa com o âmbito normativo. Assim, é impróprio falar em norma em

¹³⁴ IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹³⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 241-242.

abstrato, na medida em que ela só existe na concretização. A norma, assim, é viva, não hipotética.

Por isso, Müller esclarece que:

Somente o texto normativo é de fato abstrato. Ao lado dele e da norma de decisão concludente, a noção estruturante de norma deve ser tipologicamente elaborada, sendo que seu âmbito normativo, possível no real, potencialmente, visto que estruturalmente engloba os casos que se subordinam à norma. Também na teoria da norma, o tipo se mostra como o meio termo entre o geral e o particular. O âmbito normativo designa como figura intermediária tipológica um âmbito estrutural possível no real para os casos reais, potencialmente reunidos e subordinados à disposição legal. A metódica racional, ultrapassando o estágio intermediário da tipologia da concretização articulada de acordo com programa normativo e âmbito normativo, une o caso à norma, os quais formam os dois pólos não isolados da concretização, sendo integralmente inseridos nela.¹³⁶

Logo, vê-se por que é incabível falar em norma em abstrato, na medida em que somente o texto legal, formado por elementos linguísticos constitutivos do programa da norma, pode ser tomado em abstrato. Ademais, o texto não pode ser encarado como uma verdade independente, nem pode o juiz partir dele para o fato. A situação deve ser o inverso, num processo de confrontação entre programa e âmbito normativo, no qual primeiro o juiz conhece o fato (a realidade) para depois realizar o processo de concretização da norma, balizando-se pelos limites do seu programa. Logo, é incabível que o magistrado tente encaixar o caso no texto, partindo de uma ilusória norma (solução) em abstrato.

Nesse sentido, aponta Müller:

Aquilo que a disposição legal prescreve para o respectivo caso a ser decidido é sempre primeiramente averiguado em confronto com sua problemática material, mediante a consideração do programa normativo e a observação dos limites comprováveis de seu enunciado normativo. Dessa forma, a concretização da norma necessariamente engloba tanto sua construção e aplicação como, com isso, a solução do caso jurídico. Se ficar concretamente constatado que um caso não pertence ao âmbito normativo, sob o ponto de vista estrutural e de acordo com o teor de sentido do programa normativo, então nem a norma é determinada em função do caso nem o caso é determinado em função da norma.¹³⁷

Pelo exposto, constata-se que o arquétipo proposto pela Teoria Estruturante possui uma estrutura circular, na medida em que vincula interpretação, concretização e solução do caso. Nessa base comunicante, as três situações são tidas como um desencadeamento simultâneo com

¹³⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução: Peter Naumann. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 254-255.

¹³⁷ Ibidem, p. 255.

vistas a um mesmo fim. Isto é, o juiz para concretizar a norma precisa confrontar os elementos extralinguísticos, que são os fatos gerados ou não pelo direito, com a lei (elementos linguísticos), disso, extrai-se a norma, a qual é, simultaneamente, tanto a concretização fruto da interpretação, quanto a solução para o caso concreto.

Essa vinculação necessária entre interpretação e realidade para se obter uma decisão é de grande valia para se evitar a discricionariedade judicial. Isso porque ao exigir uma prévia acareação com os fatos, sob os limites do texto, o magistrado estará inibido de tomar uma decisão solipsista, na medida em que a fundamentação de sua decisão terá, obrigatoriamente, de confrontar os dados da realidade com o programa normativo. Pela fórmula estruturante, ele não poderá partir de uma solução principiológica ideal, encarada como uma norma abstrata (pronta e acabada), para disciplinar um caso que lhe seja apresentado. Ao revés, o juiz estará obrigado a demonstrar como sua decisão foi fruto da conjugação dos dados sociais da realidade (âmbito da norma) com o direito posto (programa da norma).

Em contrapartida, à luz da doutrina de Friedrich Müller, caso a norma produzida pelo juiz não encontre eco no programa e no âmbito normativo, simultaneamente, ela será tida como ativista, na medida em que será fruto da ignorância da realidade, do texto da lei, ou de ambos. Logo, não se estará diante de uma norma válida, mas apenas de um comando judicial *pro forma*.

Por isso, revela-se incabível a crítica segundo a qual a diferenciação entre texto e norma, promovida pelo pós-positivismo, teria aberto as portas para a discricionariedade e para o ativismo judicial. Ora, segundo visto, a norma não pode ser reduzida ao texto. Todavia, não existe norma válida se ela estiver desconectada do programa normativo, portanto, dos limites do seu texto. Logo, afirmar que a norma não se confunde com a literalidade do texto, não significa que ela possa ser obtida em oposição a ele. Afinal, existem limites semânticos à interpretação. Do contrário, a hermenêutica perderia sua razão de ser, na medida em que as palavras poderiam significar qualquer coisa, inclusive o seu oposto.¹³⁸

Daí, vê-se como a aderência aos limites do texto é condição para a segurança jurídica. O que, por óbvio, não significa que o juiz estará limitado a decisões literais ou gramaticais, mas

¹³⁸ MONTEIRO, Marcelo Rocha. Scalia, o juiz que sabia que não era rei. In: PIOVESAN, Cláudia. **Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2021, p. 302.

apenas que, na construção da norma, ele não poderá desprezar o seu programa. Nesse sentido, é a lição de Monteiro:

Nenhum país se desenvolve sem segurança jurídica, e não há segurança jurídica sem previsibilidade. Se um mesmo texto legal pode ser livremente “interpretado” por diferentes juízes, de acordo com suas particularíssimas noções de “justiça social”, “dignidade da pessoa humana”, ou outros conceitos absolutamente vagos, fica muito difícil para a população saber previamente o que a lei proíbe e o que ela permite.¹³⁹

Igualmente é equivocada a concepção de que o pós-positivismo teria derogado a importância do direito legislado em razão da supracitada diferenciação entre texto e norma, especialmente no que toca a uma suposta supremacia principiológica do direito pós-positivista. Isso porque, como já exposto, não tomar norma como sinônimo de texto não implica que o juiz está livre para decidir além da lei, ou contra ela. Somente é permitido ao julgador afastar a incidência de uma regra se ela for inconstitucional. Logo, é incabível que se desconsidere uma regra para se aplicar um princípio, valendo-se do fundamento de que para se obter a norma (solução do caso) é possível uma desvinculação do texto da regra se ela estiver em desacordo com um princípio.¹⁴⁰

Na esteira neoconstitucionalista, é o entendimento de Bonavides,¹⁴¹ segundo o qual o juspublicismo pós-positivista teria determinado a hegemonia normativa dos princípios em face das regras. Na mesma linha, Moreira¹⁴² chega mesmo a defender a possibilidade de uma regra válida ser ignorada em favor de um princípio quando ela não cumprir os objetivos ou finalidades constitucionais. De forma acertada, Ávila aponta o equívoco dessa posição neoconstitucionalista:

Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável. Também relacionado a essa questão está o problema de saber qual norma deve prevalecer se houver conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico (regra constitucional versus princípio constitucional).

¹³⁹ MONTEIRO, Marcelo Rocha. Scalia, o juiz que sabia que não era rei. In: PIOVESAN, Cláudia. **Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2021, p. 302.

¹⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115.

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 281-282.

¹⁴² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**, v. 11, nº 43, 2008, p. 266.

Normalmente, a doutrina, com base naquela já referida concepção tradicional, afirma que deve prevalecer o princípio. Assim, porém, não deve suceder.¹⁴³

O pós-positivismo não rompeu com a interpretação do teor literal da lei. Pelo contrário. Como aponta Müller,¹⁴⁴ ela é um dos elementos mais importantes no processo de concretização. Todavia, ela é apenas um dos elementos, e não o único. Desse modo, uma metódica que pretenda ir além do positivismo legalista deve apontar regras para o processo de concretização normativa, sob pena de fixar-se sobre o dogma da evidência ou do voluntarismo.

Os dois dogmas mencionados acima são nocivos ao Direito. O primeiro porque reduz o processo de interpretação/decisão a uma reprodução mecânica-formal solipsista, típica do positivismo arcaico; já o segundo porque elimina a segurança jurídica e o *due process*, substituindo a legalidade pelo subjetivismo, práticas típicas do ativismo judicial neoconstitucionalista. Portanto, é indesejável tanto um método de decisão legalista, que reduza o juiz a um buscador da vontade legal/legislativa através de um mecanismo dedutivo simplista; quanto um método que, de tão dúctil, torna o ato decisório imprevisível e discricionário.

Não se pode olvidar que as normas jurídicas não dependem dos casos concretos (reais ou fictícios). Na verdade, elas se referem a eles, uma vez que não existe norma em abstrato, e seu processo de concretização se dá sempre com o enfrentamento da realidade. Ademais, as normas não são carentes de interpretação pelo fato de serem unívocas, mas sim porque elas existem para serem aplicadas a um caso concreto. Logo, por mais claro que seja o texto de uma lei, isso não dispensa interpretação. Ou ainda, uma norma pode parecer clara para um caso X, todavia, o mesmo texto pode se revelar controverso quando confrontado com um caso Y. Logo, não é possível falar em clareza ou não de um texto se dissociado do caso concreto, visto que não há interpretação abstrata, ou solução acabada dada pelo legislador através do texto. Por isso, o procedimento de subsunção, empregado pelo positivismo legalista, é limitado, pois trabalha com a ideia de decisões construídas a partir de um raciocínio lógico-formal, que parte do texto para o caso. Isto é, tenta imprimir no caso apresentado ao juiz uma solução positivada pelo legislador no texto da norma, o que, como exposto, contraria a orientação proposta na Teoria Estruturante do Direito.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115.

¹⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47.

Por isso, o autor da teoria retro adverte que:

Um enunciado jurídico não funciona mecanicamente. A própria doutrina do “sens clair” de direitos estrangeiros, que afirma que conceitos aparentemente unívocos não podem ser submetidos à interpretação só chega a essa afirmação mediante a antecipação interpretativa do possível sentido da norma. A “subsunção” é apenas aparentemente lógico formal; na verdade, é um procedimento determinado no seu conteúdo pela respectiva pré-compreensão de dogmática jurídica.¹⁴⁵

Novamente, vê-se como a estrutura teórica proposta por Müller é circular e como seus elementos estão sempre imbricados numa relação de mútua dependência. Isso porque, segundo a visão apresentada pelo doutrinador alemão, não é possível separar a norma do caso concreto por ela regulamentado, nem esse daquela. Ambos fornecem os elementos imprescindíveis para prolação da decisão, de forma distinta, porém complementar. Destarte, as questões jurídicas só entram em cena na forma de casos concretos; e toda norma só faz sentido quando conectada ao caso por ela solucionado.¹⁴⁶

Com efeito, reconhecer que a clareza de um texto é sempre algo relativo, uma vez que ele só faz sentido dentro de um caso concreto, não significa ser possível que a um mesmo texto possam ser atribuídos significados ilimitados, afinal a extensão do programa da norma é finita. Interpretação diversa, acarretaria na adoção de um niilismo interpretativo, no qual as palavras seriam como argila, livremente moldadas por seu artesão (o juiz/intérprete).

Muitas palavras têm não apenas um, mas uma gama de significados. A palavra “mulher”, por exemplo, dependendo do contexto, pode indicar: um indivíduo do sexo feminino; o ser humano feminino em seu conjunto (“o homem tem menos resistência a dor do que a mulher”); uma pessoa adulta do sexo feminino (“não é mais menina, já é uma mulher”); esposa, companheira (“Fulano casou-se mês passado; você já conhece a mulher dele?”). Obviamente, porém, essa gama de significados não é ilimitada. Qualquer interpretação que vá além desses limites (por exemplo, interpretar a palavra “mulher”, em determinado texto legal, como significando qualquer indivíduo, inclusive aqueles do sexo masculino) implicaria aceitar que uma palavra pode significar qualquer coisa - e, portanto, não significa nada (o niilismo a que se refere Scalia). Não há segurança jurídica possível caso se admita esse tipo de “interpretação” das leis.¹⁴⁷

Em razão da pluralidade semântica ou, ainda, da aparente clareza objetiva das palavras, independente do caso concreto, nutriu-se com o positivismo legalista a crença de que o ato de interpretar consistia em buscar a vontade do legislador. Daí a sua fragilidade interpretativa,

¹⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 50.

¹⁴⁷ MONTEIRO, Marcelo Rocha. Scalia, o juiz que sabia que não era rei. In: PIOVESAN, Cláudia. **Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2021, p. 310.

porquanto limitativa do fenômeno jurídico à mera legalidade. Como visto, a interpretação era encarada sob um viés investigativo, no qual caberia aos juízes desvendar os significados imbricados nos textos legais. O pós-positivismo, por outro lado, rompeu com essa concepção. Interpretar deixou de ser um ato persecutório, para se tornar um ato criativo e concretizador.

Na verdade, como aponta Ramos,¹⁴⁸ o positivismo pós-legalista, especialmente a partir de Kelsen, igualmente rompeu com a visão segundo a qual interpretar seria buscar a vontade do legislador, reconhecendo, portanto, o papel criativo do intérprete no processo decisório/criação da norma. Portanto, quando se fala que o positivismo reduz a interpretação a uma investigação legislativa, deve-se ter em mente que tal assertiva diz respeito ao arcaico positivismo do século XIX, e não a suas versões mais atualizadas, especialmente as pós-kelsenianas.

Tomar interpretação como criação, não como descoberta, é muito mais que uma liberalidade doutrinária. Tal postura representa uma ruptura inconciliável com o modelo positivista legalista, e com a alteração da posição do juiz diante do Direito. Atento a isso, Abboud aponta que:

Diante de um acesso hermenêutico, não se concebe mais a interpretação como algo a ser descoberto, por meio da aplicação de um método, na intenção da lei ou do legislador, como professam as correntes objetivistas (*voluntas legis*) ou subjetivistas (*voluntas legislatoris*) da interpretação jurídica. Pelo contrário, a norma é um produto da interpretação e tem o caráter de atribuição de sentido a um texto que se manifesta na linguagem a partir de um processo de mediação com a tradição, que é o espaço de atuação dos juristas.¹⁴⁹

Com efeito, se são creditadas a Friedrich Müller e sua teoria estruturante as bases para o importante marco teórico da distinção entre texto e norma, fundamental para o pós-positivismo; o giro hermenêutico abordado acima, referente à visão acerca do processo interpretativo, é creditado a *Aplicatio*, processo hermenêutico de autoria de Hans-Georg Gadamer, igualmente fundamental para a jusfilosofia pós-positivista.

Como visto acima, o entendimento interpretativo dominante, de base positivista legalista, era no sentido de que a interpretação consiste numa operação mecânico-formal de subsunção, a qual poderia ser objetiva (descobrir a vontade da lei) ou subjetiva (descobrir a vontade do

¹⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.321-322.

¹⁴⁹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 246-247.

legislador). Ambos os desdobramentos são problemáticos, pois partem da concepção de norma abstrata. No caso subjetivo, por creditar a uma suposta vontade do legislador a solução, *ex ante*, de um conflito hipotético dissociado de um caso concreto. No caso objetivo, por pressupor que a literalidade do texto (programa da norma) encerra a interpretação, desconsiderando assim os elementos que compõem o âmbito da norma.

Atento a isso, Ramos¹⁵⁰ observa que a teoria da interpretação foi o flanco do positivismo que se revelou como mais frágil, sobretudo devido a seu modelo hermenêutico de subsunção, o qual igualava texto e norma, reduzia o intérprete a um núncio do legislador, além do emprego preferencial dos métodos gramatical e histórico, conferindo, assim, ao procedimento exegetico um caráter estático e reacionário. Por isso, para a sobrevivência do positivismo enquanto teoria aceitável e aplicável, exigiu-se sua releitura à luz da nova hermenêutica. Portanto, não existe incompatibilidade entre o giro hermenêutico, promovido por doutrinadores como Gadamer, e o positivismo contemporâneo. A incompatibilidade reside com o positivismo exegetico do século XIX. Por isso, mais uma vez é necessário fazer o *disclaimer* de que é a esse último que se critica, e não o positivismo contemporâneo.

Apesar das críticas e objeções levantadas ao método histórico de interpretação, ele está longe de ser tido como abandonado. O originalismo jurídico norte-americano é, talvez, o mais proeminente dos movimentos jurídicos adeptos desse método. Em apertada síntese, o referido movimento é refratário à ideia de mutação semântica do direito, reconhecendo que a correta interpretação a ser dada a um texto é aquela contemporânea à sua promulgação, sendo vedada a alteração desse entendimento por meio judicial. Assim, somente seria admitida uma revisão interpretativa se o texto legal fosse alterado.¹⁵¹

Além da historicidade, o originalismo é ainda tributário da interpretação textual. Scalia,¹⁵² contudo, destaca que interpretar textualmente uma lei não significa reduzi-la a sua literalidade, mas extrair dela a sua máxima potencialidade semântica. O autor indica ainda que o originalismo não despreza a necessidade de atualizações jurídicas decorrentes das mudanças

¹⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

¹⁵¹ BARRETT, Amy Coney. Originalism and stare decisis. **Notre Dame Law Review**, vol. 92, p. 1921-1944, 2017, p. 1921.

¹⁵² SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitution and laws. **The Tanner Lectures on Human Values**, Princeton University, p. 77-121, mar. 1995, p. 97-99.

sociais. Ele reconhece apenas que juízes não eleitos carecem de legitimidade democrática para promoverem tais alterações, sendo tal papel reservado aos representantes dos Poderes eleitos. Logo, caberia ao juiz aplicar a lei dentro dos seus limites semânticos e segundo o entendimento originário fixado quando da promulgação do seu texto.

Apesar das muitas diferenças com o pós-positivismo, o originalismo também adere à rejeição da ideia de interpretação como sendo a busca pela vontade do legislador, posição cara ao pós-positivismo, como abordado. Nessa toada, Scalia¹⁵³ defende ser incompatível com um sistema jurídico democrático tomar o significado da lei por aquilo que supostamente o legislador quis dizer (*voluntas legislatoris*), e não por aquilo que ele efetivamente promulgou no texto da lei. Ademais, adverte o autor que caso o foco da interpretação seja deslocado daquilo que está escrito por aquilo que foi intentado pelo legislador, correr-se-á o risco de os juízes imporem suas próprias preferências político-ideológicas, sob o viés de uma amorfa e abstrata busca da “vontade do legislador”. Caracterizando, assim, a degeneração hermenêutica do ativismo judicial.

Assim, ao menos do ponto de vista normativo, o originalismo guarda algumas semelhanças com o pós-positivismo, na medida em que ambos rechaçam que a interpretação seja uma investigação pela vontade do legislador. De igual modo, o originalismo não reduz a interpretação a um processamento do texto normativo, afinal, como apontado acima por Scalia, interpretação legal não se confunde com interpretação literal, cabendo ao juiz produzir a solução (norma) a partir da confrontação com o caso concreto. Todavia, uma vez fixado um entendimento, seria vedada a sua alteração pela via judicial, salvo se for demonstrado que o entendimento antigo estava em desacordo com o entendimento contemporâneo à promulgação do texto constitucional. Disso, extrai-se a historicidade do originalismo, pejorativamente também denominada de “fossilização do direito”.

Quanto a esse último ponto, nota-se uma incompatibilidade entre as visões originalista e pós-positivista. Isso porque, para a leitura hermenêutica pós-positivista, não existe interpretação dissociada do seu tempo. Logo, a atividade interpretativa, nos moldes por ela propostos, é sempre histórica, na medida em que o texto somente pode ser abordado levando

¹⁵³ SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitution and laws. **The Tanner Lectures on Human Values**, Princeton University, p. 77-121, mar. 1995, p. 92-93.

em consideração a quadra temporal do intérprete, pouco importando o marco cronológico do legislador. Por isso, seria impensável petrificar uma interpretação ao longo do tempo, tornando-a imutável pela via judicial, pelo fato de ela ser contemporânea à promulgação do texto da lei, como se houvesse uma hierarquia temporal do passado sobre o presente e o futuro.

Com efeito, um dos principais pontos da teoria proposta por Gadamer é a desvinculação entre o autor de um texto (legislador) e o intérprete, a qual é dada pela distância histórica. Assim, diversamente do que propõe o originalismo, a hermenêutica de Gadamer reporta que cada época deve entender um mesmo texto de forma peculiar, na medida em que o texto integra o todo da tradição, vinculada ao fato de que cada época tem um interesse relacionado a certa coisa e também a forma de ela compreender a si mesma. Por isso, o autor entende que o verdadeiro sentido de um texto, como ele se apresenta ao intérprete, não depende do aspecto ocasional, isto é, da forma como ele representa seu autor e o seu público originário, ou pelo menos não pode ver sua interpretação reduzida a isso.¹⁵⁴

Por isso, o doutrinador alemão aponta que o sentido do texto será sempre determinado pela situação histórica do intérprete, pouco importando a posição do seu autor. Aliás, Gadamer chega mesmo a afirmar que “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo”.¹⁵⁵

Um dos desdobramentos jurídicos da lição apontada por Gadamer é o fenômeno da mutação constitucional, no qual se tem a alteração da compreensão de uma norma, no que pese o seu texto permanecer o mesmo. No plano jurisprudencial muitos são os exemplos desse fenômeno, com destaque à suprema corte dos Estados Unidos, com icônicos casos, como *Brown vs. Board of Education* (o qual superou *Plessy vs. Ferguson*, no que diz respeito à inconstitucionalidade da política estatal de segregação racial “separados, mas iguais”); *Obergefell vs. Hodges* (que modificou o entendimento fixado em *Baker vs. Nelson*, a respeito da inconstitucionalidade de o Estado proibir casamento entre pessoas do mesmo sexo); e o recente *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, julgado em junho de 2022 (o qual

¹⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 444.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 444.

superou o entendimento fixado em *Roe vs. Wade*, quanto à constitucionalidade da competência das legislaturas estaduais para legislar sobre a criminalização do aborto).

Curiosamente, o último julgado (*Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*),¹⁵⁶ reproduziu algo raro de acontecer na tradição originalista: a possibilidade de alteração de um precedente judicial mais remoto (*Roe vs. Wade*) por entender que ele está em desacordo com o entendimento originário da constituição. Aliás, na superação de *Roe vs. Wade* é até mesmo questionável falar em mutação constitucional, na medida em que a tese vencedora reportou sua inconstitucionalidade justamente pela inexistência de previsão no texto da constituição americana quanto ao alegado direito ao aborto. Portanto é, no mínimo, heterodoxo falar da superação da interpretação de um texto inexistente. Ressalte-se, contudo, que um dos fundamentos empregados em *Roe v. Wade* foi a extensão da *Due Process Clause*, assegurada pela Décima Quarta Emenda, por meio da qual foi defendido que ela, em uma leitura substancial, abarcaria o direito ao aborto (como expressão do direito à liberdade), tese essa superada em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Assim, ao menos quanto a esse ponto específico, pode-se falar em verdadeira mutação constitucional.

Outro dado importante na hermenêutica de Gadamer é a centralidade da pretensão de verdade, em oposição à hermenêutica romântica, na medida em que ela não se refere a individualidades e opiniões, mas à verdade das coisas. Desse modo, segundo o autor, um texto não pode ser entendido como mera expressão vital, mas sim deve ser levado a sério na sua pretensão de verdade. Ademais, segundo Gadamer, não existe vinculação entre verdade e tempo. Dito de outro modo, o tempo não pode ser tomado como um abismo a ser transposto pelo intérprete para se chegar à ideia do autor, como defende o historicismo. Assim, defende que a interpretação deve ocorrer sempre no presente, a partir da realidade na qual está inserido o intérprete, o que, por óbvio, leva em conta suas percepções e tradições.¹⁵⁷

Diante da importância da historicidade para o fenômeno interpretativo, Gadamer aponta que a construção de projeto de horizonte histórico pelo intérprete deve ser tomada como um momento na realização da compreensão, a qual se dá no presente, distanciando-se da tentação historicista de se prender a uma consciência passada. Ademais, o autor aponta que interpretação

¹⁵⁶ A íntegra do julgado pode ser consultada em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

¹⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 445.

e compreensão não são fenômenos cronologicamente separados, mas indissociáveis na medida em que “compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.”¹⁵⁸

Com isso, o doutrinador alemão, à semelhança de Friedrich Müller, desenvolve uma teoria de tipo circular, na medida em que conecta de forma indissociável compreensão e interpretação. Afinal, não é possível compreender algo sem que se interprete o objeto alvo da compreensão. Do mesmo modo, não se pode interpretar algo sem que se tenha compreensão do objeto que está sendo interpretado.

Nesse contexto, não há interpretação fora da história. Logo, não há uma compreensão originária da norma e, posteriormente, uma aplicação dela. O que existe é um momento único em que ocorre a interpretação e a aplicação (interpretar já é aplicar!), suscitado pela condição de intérprete em um processo circular com a tradição do mesmo texto.¹⁵⁹

Com efeito, no campo judicial de orientação pós-positivista, é inegável o impacto do sistema hermenêutico proposto por Gadamer. Sobretudo quanto a liberdade e autonomia do intérprete no processo de criação (não mais reprodução) da norma. Por ela, o juiz se torna verdadeiro produtor do Direito, e não mais um reproduzidor de posições pretéritas. Segundo Gadamer, o intérprete é um sujeito histórico, cujo horizonte de eventos se dá no presente a partir de sua tradição, mas não limitado a ela. Suas decisões, portanto, são o fruto de uma historicidade desenvolvida no processo simultâneo de interpretação/compreensão do Direito. Afinal, interpretar já é uma forma de aplicar o Direito. Portanto, interpretação, compreensão e aplicação seriam fenômenos interconectados e inseparáveis na hermenêutica jurídica pós-positivista.

Apesar da força expansiva da hermenêutica proposta por Gadamer, segundo a qual a interpretação do texto é histórica, na medida em que afeita ao presente do intérprete, e não ao passado do seu autor; além de que interpretação e compreensão são operações simultâneas e interconectadas; vê-se como ela não é unânime no âmbito das cortes constitucionais, como se demonstrou no julgado de *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Portanto, é preciso ter clareza de que a teoria proposta por

¹⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 445.

¹⁵⁹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 248.

Gadamer é apenas uma teoria da interpretação, e não a única reconhecida como legítima no âmbito da interpretação constitucional.

Além da distinção entre texto e norma (proposta por Friedrich Müller); da compreensão de que a interpretação é um ato produtivo condicionado pela historicidade (defendida por Hans-Georg Gadamer); da decisão como fruto da interpretação e não de processos silogísticos de busca por uma suposta vontade da lei/legislador; Abboud¹⁶⁰ aponta que uma teoria pós-positivismo exige ainda mais um elemento: a inadmissibilidade de discricionariedade judicial.

Tradicionalmente a expressão "discricionariedade" é empregada no direito pátrio associada aos atos discricionários, em oposição aos atos vinculados. Enquanto esses dizem respeito aos atos da Administração nos quais não há margem para escolha do administrador, tendo em vista que todos os seus elementos constitutivos foram previamente definidos pelo legislador; aqueles são os atos nos quais o próprio legislador previu uma margem de liberdade para o administrador público decidir, no que toca ao motivo e ao objeto do ato. Assim, quanto aos atos discricionários existiria o mérito administrativo, que é o núcleo do ato que expressa a liberalidade do administrador, sendo impassível de revisão judicial. Assim, quando se fala em discricionariedade, remetemo-nos à liberalidade de decisão nos limites da lei.¹⁶¹

No campo da jurisdição, a discussão sobre o emprego da discricionariedade surgiu no contexto das teorias positivistas e pós-positivistas, associadas à aceitação da indeterminação do direito. Assim, as principais correntes jurídicas do século XX, como a escola do direito livre, a jurisprudência dos interesses, o normativismo kelseniano, o positivismo de Herbert Hart e os teóricos argumentativistas, como Alexy; possuem um denominador comum: o reconhecimento de que, no momento de decidir, sempre sobraria um espaço a ser preenchido pela vontade discricionária do julgador.¹⁶²

No positivismo, há a defesa de um poder discricionário, porém subsidiário, aos juízes. Isso porque ele só estaria autorizado a usá-lo quando uma regra clara e estabelecida não estiver disponível para ser empregada. Assim, havendo lacuna, o juiz estaria autorizado a julgar discricionariamente, aplicando o seu próprio juízo. Todavia, a doutrina positivista não

¹⁶⁰ ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 309-310.

¹⁶¹ Ibidem, p. 313-314.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 38.

sistematizou um método decisório em caso de lacunas. A insegurança doutrinária positivista se intensifica quando, eminentes juspositivistas, como Herbert Hart, defendem que todas as regras do direito possuem textura aberta.¹⁶³

Ora, como já abordado, em abstrato é impossível qualificar uma regra como clara, na medida em que um texto só faz sentido dentro de um contexto historicizado. Portanto, ao afirmar que o juiz pode julgar discricionariamente em caso de ausência de uma regra clara, e não se há uma precisão do que venha a ser uma norma clara, ficando tal decisão igualmente ao encargo do juiz, têm-se uma flagrante situação de insegurança jurídica, na medida em que poderá sempre o julgador se valer de uma suposta situação de lacuna para julgar consoante seus próprios valores.

Com efeito, os próprios positivistas reconhecem as limitações das regras, e a inevitável ocorrência de situações de penumbra e incerteza nos textos legais. A partir dessa “descoberta” (indeterminação do direito), alguns setores do mundo jurídico pretenderam preencher a lacuna da indeterminação com a lógica da discricionariedade do Direito Administrativo. Algumas teorias jurídicas, com vistas a superar a arbitrariedade reinante nos séculos anteriores, defenderam a criação de um sistema racional que permitisse a estruturação do direito. Todavia, admitindo a inevitabilidade das lacunas (indeterminação), fazia-se necessário o seu preenchimento, o qual não poderia ser arbitrário. Desse modo, importou-se a lógica da decisão livre, nos limites da lei, dos atos administrativos para o campo da hermenêutica jurídica.¹⁶⁴

Streck,¹⁶⁵ contudo, rechaça a incorporação à discricionariedade judicial da lógica da discricionariedade do Direito Administrativo. Neste último, a discricionariedade surgiu como verdadeira manifestação da *judicial self-restraint*, na medida em que dizia respeito à esfera de mérito impassível de revisão judicial, na qual o administrador estaria autorizado pela lei a eleger determinados elementos com vistas à concretização de um fim. Todavia, por força do princípio da legalidade, todas essas escolhas se sujeitavam à apreciação judicial. Logo, o fato do mérito administrativo não se sujeitar ao controle judicial não significa que o ato administrativo, em si, não seja apreciável judicialmente. Pelo contrário. Por força da legalidade, todos os atos da

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 40-41.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 40-42.

Administração, sujeitam-se ao controle judicial, seja ele vinculado ou discricionário. Por outro lado, na discricionariedade judicial não há uma autorização legal de escolha por parte do juiz. Nela, ele efetivamente cria uma regulação desprovida de respaldo no Direito. Assim, sob o pretexto de preenchimento de lacunas, estaria o juiz outorgando a si um poder que o legislador democraticamente eleito não conferiu.

Ademais, argumenta o autor supracitado ser equivocada essa leitura judicial da discricionariedade administrativa, na medida em que se justamente o ato discricionário reflete a margem de decisão impassível de controle judicial, como poderia, na esfera jurisdicional, existirem atos decisórios impassíveis de revisão? Em razão da inexistência de regulamentação legal para o preenchimento das lacunas pelo juiz, atribuir discricionariedade ao julgador equivaleria ao arbítrio dos déspotas. Por isso, Streck sustenta que “o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário.”¹⁶⁶

Outrossim, Abboud¹⁶⁷ aponta que eventuais lacunas ou imprecisões no texto não legitimam a discricionariedade judicial, na medida em que, segundo o paradigma pós-positivista, a norma nunca está contida no texto. Assim, não poderia jamais o magistrado alegar vagueza semântica ou ainda a inexistência de texto para impor a sua vontade como norma. Ora, não existe aplicação da lei sem interpretação, seja seu texto mais ou menos vago. Assim, só é possível a aplicação de um texto legal dentro dos domínios da linguagem. Portanto, a indeterminação textual não pode ser confundida com autorização à discricionariedade decisória.

No mesmo sentido, é o alerta de Neves:

(...) Não se deve confundir a questão da imprecisão com a questão da discricionariedade em sentido estrito. A imprecisão semântica, nas formas de ambiguidade (conotativa) e vagueza (denotativa), implica, a partir primariamente do significado do texto e do seu âmbito de referência, a incerteza cognitiva em relação à norma a aplicar.¹⁶⁸

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 42.

¹⁶⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 326-327.

¹⁶⁸ NEVES, Marcelo. **Entre a Hidra e Hércules**. 1. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2013, p. 13.

Um dos males do ativismo judicial é substituir as escolhas presentes no programa da norma por outras que ele reporte como mais adequadas. Assim, valendo-se de lacunas, ou de suposta vagueza, o juiz ativista se sente autorizado a dar uma interpretação criativa ao Direito. A partir do momento em que o julgador assim procede, sua decisão se qualifica como discricionária. Isso porque não foi dado aos juízes o poder de decidir para além do programa normativo, ou pior, contra o programa normativo. Ademais, ainda quando esse seja polissêmico, a concretização da norma deve se dar em conformidade com o seu âmbito normativo, ambos confrontados com as particularidades do caso concreto. Desse modo, não pode o julgador impor uma decisão pré-fabricada, que desconsidere o programa e o âmbito da norma, ancorando-se em um poder discricionário motivado pela incerteza do Direito.

Como já apresentado, o modelo hermenêutico defendido como Gadamer apregoa que todo processo interpretativo é essencialmente criativo, na medida em que o intérprete efetivamente constrói a interpretação do texto, ele não simplesmente reproduz um entendimento dado pelo autor. Todavia, essa construção não se dá a esmo. Assim, é equivocada a visão segundo a qual decidir em conformidade com o texto seja algo formal-exegético. Ora, uma coisa é entender interpretação como reprodução da literalidade textual, outra bem diferente é defender que não existe associação entre texto e norma e que por isso o juiz estaria livre para decidir da forma como melhor entendesse. Essas duas situações se revelam como equivocadas. Seja no primeiro caso por revelar um arcaico positivismo legalista, seja no segundo por ser manifesto ativismo/arbítrio judicial.

Para Streck,¹⁶⁹ outro foco propulsor de discricionariedade no direito são as interpretações pragmáticas, as quais além de fragilizar a segurança jurídica, ainda comprometem a autonomia do Direito, na medida em que substituem o Direito como fonte das decisões judiciais por fatores outros, como a economia e a política. Ironicamente, as decisões pragmáticas são encaradas como superação do positivismo discricionário e legalista, por estender os horizontes do julgador para além da lei. Todavia, elas compartilham com ele o mesmo vício. Isso porque:

(...) tanto o velho discricionarismo positivista quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito têm algo em comum: o déficit democrático, isso porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, a esta altura da história é um retrocesso reforçar/accentuar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, circunstância que conduz, inexoravelmente, às arbitrariedades, soçobrando, com isso,

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 45.

a própria Constituição. É nesse contexto que se afigura imprescindível uma principiológica, ao mesmo tempo apta a “proteger” o direito e a concretizá-lo.¹⁷⁰

Se de um lado o calcanhar de Aquiles da interpretação positivista é a sua imprecisão no que venham a ser lacunas, ou mesmo regras claras, abrindo azo ao decisionismo, por outro lado, o flanco do neoconstitucionalismo é o seu “pamprincipiológico”, o qual supõe uma equivocada preponderância dos princípios sobre as regras, o que, como a discricionariedade positivista, desemboca na insegurança jurídica e no ativismo judicial. Assim, vê-se que tanto o positivismo, quanto o sistema que pretende superá-lo, padecem do mesmo vício: a abertura ao ativismo judicial.

A apologia neoconstitucionalista de uma leitura principiológica do Direito reside numa maior concretização constitucional, isso porque as regras seriam muito limitadas, na medida em que não admitem concessões em caso de choque de direitos. Daí a necessidade de afastar regras que inviabilizam a concretização dos valores constitucionais, em nome de princípios que melhor cumpram essa tarefa concretizadora. Isso posto, vê-se a nítida semelhança entre os artifícios positivistas e neoconstitucionalistas para afastarem uma regra que lhes seja incômoda. Enquanto os primeiros alegam ausência de clareza, ou multiplicidade de sentidos,¹⁷¹ os segundos alegam incompatibilidade principiológica. Em ambos os casos, está-se diante de discricionariedade judicial.¹⁷²

Ainda na situação dos princípios, o próprio Dworkin se mostra refratário à postura de substituir a incidência de uma regra em favor de um princípio, quando não se ficar cabalmente demonstrado por que a aplicação de um princípio específico justifica a modificação de um entendimento tomado com base numa regra.

(...) não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípios, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de alguma regra. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 45.

¹⁷¹ VERBICARO, Loiane Prado; FREITAS, Pauliane da Silva. Reflexões sobre a discricionariedade judicial a partir do positivismo jurídico inclusivo, de Wilfrid Waluchow, contrapondo-se à concepção dworkiana. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 1, p. 165-192, jan./abr. 2016, p. 169-170.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, 45.

justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada.¹⁷³

Pelo exposto, vê-se que a discricionariedade judicial é incompatível com o modelo teórico pós-positivista, na medida em que está em rota de colisão com a observância pelo intérprete dos limites semânticos impostos pelo programa normativo (Friedrich Müller), além da necessária vinculação entre texto e norma no processo de interpretação/compreensão do Direito pelo intérprete enquanto sujeito histórico (Hans-Georg Gadamer).

Nenhum texto exime o juiz do seu dever de fundamentação, seja ele uma norma objetiva, ou um princípio, na medida em que não existe norma sem prévia interpretação, nem essa subsiste dissociada da compreensão. Assim, é inconcebível que o juiz lance mão de um ilegítimo poder discricionário para decidir, seja em razão da vagueza textual, ou da lacuna legislativa (positivismo); seja em razão de uma leitura concretizadora e principiológica da constituição (neoconstitucionalismo). A decisão judicial nunca pode ser discricionária. Ela, para ser legítima, deverá sempre ser o produto do enlace entre o programa e o âmbito normativo desenvolvido num processo de interpretação/compreensão conectado à historicidade.

2 O RECONHECIMENTO DA JURIDICIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E SEUS REFLEXOS JUDICIAIS

2.1 Do Estado liberal ao Estado social

O Estado liberal se deu num ambiente de ruptura entre o absolutismo monárquico e os nascentes Estados de Direito. Sua lógica foi guiada por ideias eminentemente liberais, fruto da ascensão de uma nova classe social, a burguesia, em detrimento das antigas aristocracias feudais. Nesse contexto, destacam-se as revoluções francesa (1789) e a americana (1776), as quais, apesar das diferenças motivacionais e políticas, nutriam em comum o direcionamento

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60.

para a superação do modelo despótico de governo central, além da instituição de um sistema jurídico que garantisse direitos aos cidadãos em face do Estado.

A expressão político-jurídica dessa limitação, almejada pelos movimentos revolucionários do século XVIII, foi a promulgação de constituições. No passado, havia leis e outros instrumentos normativos para direção do Estado, todavia inexistia uma disciplina vinculante através de um arcabouço normativo que submetesse o soberano. Desse modo, o constitucionalismo clássico, de inspiração liberal, pautou-se na ideia de liberdades negativas, as quais tinham por escopo afastar o Estado da esfera privada, além de assegurar a participação civil nos rumos da nação.¹⁷⁴ Desse modo, pretendeu-se com o constitucionalismo clássico a edificação de um Estado limitado, respeitador de direitos e garantias privadas, com vista à proteção de valores naturais anteriores ao próprio Estado: vida, liberdade e propriedade.

Assim, nota-se que, num primeiro momento, as constituições foram tidas como elementos descritivos do Estado, na medida em que seu papel era definir competências funcionais, como separação de poderes, alocação de recursos públicos, organização político-administrativa dos entes políticos, além de um catálogo de vedações (liberdades negativas), as quais seria defeso ao Estado transgredir.

Ademais, esse estágio primevo do constitucionalismo, no qual se situa o Estado liberal, esteve centrado no paradigma do indivíduo enquanto sujeito de direito. Não cabendo ao Estado, através do direito positivo, garantir certeza quanto às relações sociais, por intermédio da compatibilização entre direitos individuais e coletivos. Logo, a busca pela felicidade foi deixada nas mãos de cada indivíduo, não tendo o Estado parte nisso.¹⁷⁵

Em razão desse caráter absenteísta, individualista e privatista, os direitos associados a essa quadra histórica do constitucionalismo foram designados como direitos negativos, ou direitos de liberdade. São exemplos dessa categoria: devido processo legal, reconhecimento da propriedade privada e dos contratos, capacidade eleitoral ativa e passiva e livre locomoção. Assim, vê-se que todos esses direitos de primeira geração dizem respeito às esferas civil e

¹⁷⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48-49.

¹⁷⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 67.

política dos cidadãos. Por isso, os direitos de primeira geração são também designados como direitos civis e políticos.

Com o avançar dos anos, a Europa Ocidental se deparou com novas revoluções, dessa vez não atreladas a disputas políticas, mas sim a inovações no sistema de produção, as quais caracterizaram a Revolução Industrial. Esse novo componente intensificou as transformações vivenciadas com a instituição do Estado liberal pós-absolutista, notadamente com grandes migrações populacionais do campo para as cidades; urbanização desregrada; alteração nas relações de trabalho; e o estabelecimento de novas classes sociais, decorrentes do novo modelo de produção.¹⁷⁶

Um dos reflexos da ascensão da burguesia foi o seu aumento contínuo na participação dos meios de produção, intensificado exponencialmente com a Revolução Industrial. Assim, a mão-de-obra outrora diluída nas diversas propriedades rurais da aristocracia migrou paulatinamente para as cidades para trabalhar nas indústrias, ocasionando uma urbanização sem precedentes, despovoamento das zonas rurais e concentração de grandes contingentes populacionais ociosos ou subaproveitados.

Outrossim, essa nova organização social em torno das indústrias e das cidades fez brotar movimentos de contestação social, os quais se deram em oposição ao sistema desregrado de produção do capitalismo arcaico, acentuadamente desigual e de baixa consciência social.

A fim de dar uma resposta às novas demandas sociais, ocasionadas pela industrialização e urbanização, e aos crescentes movimentos trabalhistas, os governos europeus aprovaram as primeiras legislações de cunho social, como a Lei de Peel, na Inglaterra, em 1802, a qual reduziu a jornada de trabalho dos menores nas fábricas para dez horas; as Leis Sociais de Bismarck, aprovadas na Prússia (atual Alemanha), em 1833; além do Código de Trabalho da França, aprovado em 1901.¹⁷⁷

A organização dos trabalhadores em sindicatos foi igualmente alvo de reconhecimento e regulação pelo Estado. Exemplificadamente, em 1874 a Dinamarca editou sua primeira legislação disciplinando o direito de livre associação sindical; o mesmo passo foi seguido pela França, em 1884; por Espanha e Portugal, em 1887; e pela Bélgica, em 1898. Além disso, as

¹⁷⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41-42.

¹⁷⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 37.

legislações que criminalizavam a organização sindical, ou ao menos as colocavam na clandestinidade, foram também objeto de revogação, como se verificou na Alemanha em 1869 e na Itália em 1889.¹⁷⁸

As demandas sociais pós-revolução industrial não encontram eco apenas em movimentos políticos e revolucionários. A preocupação com as questões sociais foi também objeto de defesa pela Igreja Católica, com destaque à sua doutrina social, tendo como documento pioneiro a Encíclica *Rerum Novarum*, editada pelo papa Leão XIII em 1891, a qual teve por objeto defender melhores condições de trabalho e assistência para os trabalhadores e suas famílias, além da defesa de salários dignos e o reconhecimento da legitimidade dos sindicatos como instrumento de proteção dos trabalhadores.

Façam, pois, o patrão e o operário todas as convenções que lhes aprouver, cheguem, inclusivamente, a acordar na cifra do salário: acima da sua livre vontade está uma lei de justiça natural, mais elevada e mais antiga, a saber, que o salário não deve ser insuficiente para assegurar a subsistência do operário sóbrio e honrado. Mas se, constringido pela necessidade ou forçado pelo receio dum mal maior, aceita condições duras que por outro lado lhe não seria permitido recusar, porque lhe são impostas pelo patrão ou por quem faz oferta do trabalho, então é isto sofrer uma violência contra a qual a justiça protesta. Mas, sendo de temer que nestes casos e em outros análogos, como no que diz respeito às horas diárias de trabalho e à saúde dos operários, a intervenção dos poderes públicos seja importuna, sobretudo por causa da variedade das circunstâncias, dos tempos e dos lugares, será preferível que a solução seja confiada às corporações ou sindicatos de que falaremos, mais adiante, ou que se recorra a outros meios de defender os interesses dos operários, mesmo com o auxílio e apoio do Estado, se a questão o reclamar.¹⁷⁹

Além dos fatores ligados ao trabalho, outras novas demandas surgiram com a industrialização e urbanização; como a necessidade por habitação (gerada pela intensa migração da zona rural); demandas por saúde, muito em razão das péssimas condições sanitárias e habitacionais das classes urbanas menos favorecidas; além da necessidade de educação, em parte impulsionada pela necessidade por mão-de-obra mais qualificada para a indústria.

Todos esses fatores colocaram em xeque a ideia de Estado liberal absenteísta, na medida em que esse foi pensado como instrumento de limitação do poder estatal, dentro de uma sociedade ainda densamente estratificada, rural e tecnologicamente arcaica. Com as revoluções industriais dos séculos XIX e início do século XX, uma nova realidade social se impôs, implicando num esgarçamento do modelo de Estado liberal. Dentro desse contexto, surgiram

¹⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1623.

¹⁷⁹ LEÃO XIII. **Rerum novarum**. 1891. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.pdf. Acesso em: 29 mai. 2022.

os movimentos políticos revolucionários socialistas, os quais eram uma ameaça ao *status quo* consolidado com as revoluções liberais, na medida em que visavam a destruição do sistema de produção vigente, além do controle das rédeas políticas do Estado.

Com a Primeira Guerra Mundial, os movimentos contestatórios na Europa se intensificaram, chegando ao ápice com a Revolução Russa de 1917, a qual pôs fim ao regime monárquico czarista, marcadamente aristocrático e feudal, e instituiu uma ditadura socialista. A tragédia ocorrida na Rússia serviu de alerta às demais nações da Europa, as quais, de forma paulatina, adequaram seus ordenamentos jurídicos às novas demandas sociais, intensificando o movimento legislativo inaugurado pela Lei de Peel (1802) na Inglaterra.

Com efeito, não é correto afirmar que antes do fim da Primeira Guerra Mundial não existiam direitos sociais, ou que com o seu fim, num estalar de dedos, criou-se um acabado Estado social sob as ruínas do Estado liberal. Assim, é preciso ter em mente que essa alteração do *status* do Estado, de negativo para positivo, deu-se num longo processo evolutivo, o qual apenas foi intensificado pela Primeira Guerra Mundial. Logo, não se pode olvidar que, desde o início do século XIX, foram introduzidas legislações de cunho social nos ordenamentos jurídicos europeus, em um ritmo modesto, porém contínuo. Por exemplo, a supracitada Lei de Peel se dirigia apenas ao trabalho infantil, já a legislação social aprovada no governo Bismarck se dirigia apenas a algumas categorias de trabalhadores. Todavia, apesar da timidez dessas legislações pioneiras, não se pode desconsiderá-las como importantes marcos da semente social plantada em pleno Estado liberal.

Portanto, é mais adequado pensar no Estado social como uma evolução do Estado liberal, motivada por transformações sociais, econômicas e produtivas; do que numa ruptura radical.¹⁸⁰ Até porque um dos intuitos do Estado social foi justamente equalizar as reivindicações sociais com o sistema econômico e político vigente à época, evitando, assim, uma quebra institucional disruptiva, como a verificada na Rússia pós-czarista.

Atento à paulatina construção do Estado social, Delgado,¹⁸¹ tratando da formação do Direito do Trabalho, direito social por excelência, apregoa que o seu desenvolvimento se deu

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Weimar e o “constitucionalismo social” para além da “solução de compromisso”: de sua inspiração à crise de paradigmas que nubla o surgimento do “novo” no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022, p. 02-03.

¹⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 107.

em quatro fases: formação, intensificação, consolidação e autonomia. Assim, ratificando a ideia segundo a qual o Estado social deve ser compreendido como uma evolução ocorrida no seio do Estado liberal, e não como uma ruptura datada pelo fim da Primeira Guerra Mundial.

A fase da formação estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial no *Peel's Act*, do início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da intensificação) situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o Manifesto Comunista de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, como a instauração da liberdade de associação e a criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase (da consolidação) se estende de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a Conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica Católica *Rerum Novarum* (1891), que também fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada “questão social”. A quarta e última fase, da autonomia do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919).¹⁸²

Ademais, sustenta Streck¹⁸³ que essa evolução do Estado liberal foi, na verdade, uma adaptação das engrenagens da sociedade capitalista. Portanto, ao aprovar uma série de direitos e legislações de cunho social, os Estados europeus visaram selar um compromisso para preservação da estabilidade da ordem burguesa, a qual se encontrava ameaçada pelas tensões sociais e pela ascensão de movimentos de viés autoritário e revolucionário.

A evolução do Estado liberal para o social foi uma espécie de compromisso necessário para se garantir a paz social dentro da ordem capitalista vigente. Portanto, os Estados sociais da Europa do início do século XX foram o resultado de uma adaptação política da ordem econômica vigente, e não o produto de uma ruptura com o liberalismo e o capitalismo.

2.2 O constitucionalismo social e seus reflexos no Poder Judiciário

Com a crise do Estado liberal, desenvolveu-se o Estado social, marcado pela intervenção estatal na ordem econômica e social, visando balizar e corrigir os excessos do sistema capitalista liberal, de modo a conferir proteção à população por meio da prestação de direitos fundamentais

¹⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 107.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Weimar e o “constitucionalismo social” para além da “solução de compromisso”: de sua inspiração à crise de paradigmas que nubla o surgimento do “novo” no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022, p. 02-03.

de ordem e alcance social. Assim, com o advento do Estado social, a esfera pública passou a atender vários anseios populares, como saúde, educação, assistência e seguridade social.¹⁸⁴ A materialização desses anseios, no plano jurídico-legislativo, deu-se com o constitucionalismo social.

Como já abordado, o movimento legislativo de cunho social, iniciado ainda no início do século XIX, buscou dar resposta às crescentes demandas e transformações sociais e políticas da Europa industrial. Todavia, especialmente com as profundas alterações geopolíticas resultantes da Primeira Guerra Mundial e da ascensão de movimentos radicais de ruptura política, como o bolchevismo verificado na Rússia, constatou-se que meras legislações sociais esparsas não estavam à altura dos novos e exponenciais desafios dos Estados europeus. A fim de evitar uma ruptura política radical e a destruição do sistema econômico capitalista, era necessário alterar não apenas o direito ordinário, mas a própria constituição.

Desse modo, reconheceu-se que as absenteístas constituições liberais já não tinham mais espaço diante da significativa e exponencial transformação social europeia. A filosofia privatista e individualista, que marcou o constitucionalismo clássico, cedeu espaço a uma visão positiva, a qual não apenas limitada às atribuições do Estado frente aos indivíduos, como também exigia dele prestações materiais.

Foi nesse contexto que se deu a promulgação da constituição alemã de 1919, mais conhecida como “Constituição de Weimar”, a qual, segundo Streck¹⁸⁵ foi o produto, sobretudo, do aumento do peso político-eleitoral do operariado, o qual estava representativamente organizado e ciente de sua capacidade de influenciar os rumos do Estado alemão. Assim, o compromisso social assumido com a Constituição de Weimar foi uma espécie de mal menor ao qual se submeteram as elites dirigentes da Alemanha do primeiro pós-guerra, diante do perigo revolucionário que se avizinhou na Rússia em 1917. Ademais, sustenta o autor, que ao inserir a economia na política, por meio da Constituição de Weimar, lançando com isso as bases do novo Estado social alemão, buscou-se refrear as aspirações revolucionárias de uma franja

¹⁸⁴ MACHADO, Luciana de Aboim; OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Vulnerabilidades agravadas pela pandemia de COVID-19 e a vedação ao retrocesso social. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, e-ISSN: 2525-9903, v. 7, n. 1, p. 42-60, jan/jul. 2021, p. 49.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. Weimar e o “constitucionalismo social” para além da “solução de compromisso”: de sua inspiração à crise de paradigmas que nubla o surgimento do “novo” no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022, p. 03.

radical do operariado nacional, as quais permaneceram vivas, mesmo após a derrota do movimento Spartakista em 1918.

Em razão do seu ineditismo, a experiência constitucional alemã foi encarada por outros países europeus como uma espécie de laboratório para o funcionamento político-jurídico do Estado social. Assim, nessa fase experimental, iniciou-se a implantação em larga escala dos direitos sociais, como habitação, saúde e educação. Posteriormente, o exemplo alemão foi copiado por outros países europeus, como Reino Unido, França e Itália; além dos Estados Unidos da América, por meio do *New Deal*. Na América Latina, o primeiro expoente do constitucionalismo social se deu no México, em 1917, antes mesmo da promulgação da Carta alemã de 1919. Já no Brasil, os primeiros passos em direção ao constitucionalismo social só foram dados com a breve constituição de 1934, a qual, introduziu institutos sociais, como a vedação do uso da propriedade contra os interesses sociais e coletivos.¹⁸⁶

Com efeito, se não é possível falar em ruptura entre Estado liberal e social, o mesmo não pode ser dito em relação aos constitucionalismos atrelados a esses Estados, ao menos no que toca ao papel do Estado à luz da constituição. Dito de outro modo, o paradigma constitucional inaugurado com as constituições do México (1917) e da Alemanha (1919) rompeu com a visão segundo a qual competia ao Estado apenas obrigações negativas, caracterizando-o como ente regulador. A partir dessas duas constituições, introduziu-se uma nova visão acerca do papel do Estado, a de provedor. Com isso, abandonou-se a visão das revoluções liberais, do Estado enquanto ente garantidor da livre iniciativa, do mercado e da propriedade, em favor de uma nova visão, a qual o encarava como ente voltado à proteção dos cidadãos. Assim, a centralidade do ordenamento constitucional se deslocou da propriedade privada para a cidadania.

Igualmente, frise-se que também no constitucionalismo o termo ruptura deve ser encarado com cautela. Isso porque o constitucionalismo social não importou numa supressão dos direitos atrelados ao constitucionalismo liberal, mas apenas numa evolução ampliativa. Dito de outro modo, a partir da experiência mexicana e alemã, os clássicos direitos negativos, como propriedade privada, contratos e livre iniciativa, continuaram tendo proteção constitucional. A eles, contudo, somaram-se novos direitos, os quais eram imbuídos de uma concepção provedora

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. Weimar e o “constitucionalismo social” para além da “solução de compromisso”: de sua inspiração à crise de paradigmas que nubla o surgimento do “novo” no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022, p. 04-05.

do Estado, como habitação, alimentação e segurança social. Assim, a ruptura promovida pelo constitucionalismo social diz respeito ao abandono da visão absenteísta e privatista do Estado, e não aos direitos constitucionais em si.

Doutrinariamente, costuma-se dividir as duas gerações de direitos constitucionais a partir de sua historicidade e filosofia política inspiradora. Por terem sido positivados no período das revoluções liberais dos séculos XVIII e início do XIX, com destaque às revoluções americana (1776) e francesa (1789); os direitos de primeira geração (civis e políticos) são identificados como “direitos de liberdade”. Por outro lado, os direitos de segunda geração (direitos econômicos e sociais), por terem se dado no contexto de intensos movimentos de contestação social, opostos ao modelo econômico do capitalismo *laissez-faire*, no final do século XIX e início do século XX, são identificados como “direitos de igualdade”. A partir desses referenciais históricos e políticos, atribui-se aos direitos negativos a missão de concretização do princípio da liberdade; já aos positivos, a missão de concretizar o princípio da igualdade.

Se por um lado o constitucionalismo social foi um vetor para transformações no campo humano e social, de outro, ele foi igualmente um propulsor de profundas alterações políticas.¹⁸⁷ Isso porque antes do seu advento, a política parlamentar estava adstrita a disputas inerentes à remanescente aristocracia agrária e às novas classes burguesas. Desse modo, o campo de discussão parlamentar estava alheia à massa componente das populações de seus países. Com o constitucionalismo social e a criação dos primeiros partidos trabalhistas, o jogo político alterou-se, introduzindo uma nova pauta: a social. Agora não mais como uma mera concessão dos parlamentares nobres e burgueses com vistas a evitar um mal maior; mas sim como uma pauta prioritária encampada por representantes eleitos pelo proletariado com esse fim específico.

Nesse contexto, surgiram, por exemplo, o Partido Trabalhista Inglês, o Partido Social-Democrata Alemão e o Partido Socialista Operário Espanhol. Muito mais do que um propulsor da igualdade social, o constitucionalismo social foi também um vetor da igualdade política, permitindo a criação e ascensão de forças políticas sociais e trabalhistas, inclusive na formação de governos democraticamente eleitos, como verificado na Europa no decorrer do século XX. Por isso, não se pode reduzir o constitucionalismo social apenas a direitos atrelados à igualdade

¹⁸⁷ POSSAS, Thiago Lemos. Para uma crítica do constitucionalismo social: fragmentos weimarianos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 118, pp. 511-571, jan./jun. 2019, p. 551.

econômico-material; na medida em que o seu escopo foi mais amplo, de modo a abarcar a abertura do Estado às classes sociais historicamente excluídas do poder.¹⁸⁸

Sobre esse importante caráter politicamente emancipatório do constitucionalismo social, impulsionado sobremaneira pela pioneira Constituição de Weimar, discorre Lima Filho:

Assim, o processo de passagem do Estado liberal ao Estado social, com seus antecedentes especialmente nas Constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919, se centra na colocação em marcha de direitos que garantem ou tornam possível uma participação política igualitária, e, por conseguinte, uma participação da classe trabalhadora na configuração de uma nova generalização de direitos fundamentais para assegurar a solidariedade e a igualdade, ou seja, os direitos sociais como o direito de associação, do sufrágio universal. Como consequência dessa nova fase da história dos direitos fundamentais, se incorporam ao parlamento representantes dos partidos obreiros que passam a defender seus interesses colocando em discussão problemas alheios aos que tradicionalmente interessavam à burguesia, levando à formação de governos socialistas, cuja dinâmica incidirá no constitucionalismo com uma atuação positiva dos poderes públicos e com uma função atribuída ao direito administrativo e ao direito laboral, o que também acaba contribuindo para a formulação de novos direitos, os chamados “direitos econômicos, sociais e culturais”, cujo fundamento, como já salientado, será a igualdade e a solidariedade que têm por objetivo satisfazer as necessidades básicas não cobertas com os direitos civis e políticos, por meio de uma função promocional dos poderes públicos.¹⁸⁹

Do ponto de vista jurídico, a maior transformação promovida pelo constitucionalismo social foi a elevação dos direitos sociais ao *status* de norma constitucional. Como já mencionado, desde o início do século XIX houve a aprovação de algumas legislações de cunho social, todavia muito restritas e limitadas ao direito ordinário. A partir de Weimar,¹⁹⁰ houve um giro substancial, na medida em que prestações encaradas como concessões públicas, foram elevadas ao mesmo nível de dignidade jurídica dos direitos basilares do Estado de Direito, como separação de poderes, liberdade e propriedade privada. Porquanto, os direitos sociais deixaram de ser tratados como meras obrigações morais, para se transformarem em autênticas obrigações jurídicas, oponíveis ao Estado, do mesmo modo que um contrato não cumprido.

Se por um lado o constitucionalismo social introduziu obrigações positivas em relação ao Estado, por outro, impôs obrigações negativas aos particulares, notadamente quanto às limitações ao livre mercado e à propriedade privada. Desse modo, é incorreto associar direitos de segunda geração, ou mesmo o constitucionalismo social, apenas às prestações positivas, como

¹⁸⁸ LIMA FILHO, Francisco. Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional. **Revista de Direito Público**. v. 4, n. 15, Jan/Mar. 2007, p. 20.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 20.

¹⁹⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.50-52.

saúde e educação. Na verdade, como aponta Bastos,¹⁹¹ os direitos sociais foram institucionalizados de diversas formas, como normas programáticas; direitos públicos subjetivos; garantias institucionais; e cláusulas limitativas do poder econômico.

Aliás, até mesmo alguns direitos, aparentemente, atrelados ao constitucionalismo liberal, como direitos políticos e liberdade associativa; possuem textura de direitos sociais, como os expressados através da extensão do sufrágio aos operários e camponeses, e o reconhecimento da atuação dos sindicatos e das entidades de classe. É possível encontrar até mesmo direitos sociais que impõem um dever de abstenção ao Estado (obrigações negativas), como é o caso do direito de greve. Por isso, é equivocado reduzir os direitos introduzidos pelo constitucionalismo social a obrigações prestacionais por parte do Estado, uma vez que o seu escopo é bem mais amplo.

Nesse sentido, é a lição de Lima Filho:

Não se pode também deixar de mencionar a existência de direitos de natureza social que, apesar de reclamarem algum tipo de intervenção estatal, não são exatamente prestacionais, mas, sim, meras restrições, como no caso da restrição da autonomia individual no contrato de trabalho: limitação da jornada, garantia de um salário mínimo, de férias anuais etc., que, apesar de evidenciarem intervenção do Estado, não têm tónus prestacional. Vale anotar, ainda, por importante, que ao se falar de direitos prestacionais em sentido estrito na verdade estamos nos referindo a bens e a serviços avaliáveis como subsídios de combate ao desemprego e à enfermidade, de incentivo à educação e à construção de moradias etc.¹⁹²

Daí, a relevância do alerta feito por Silva,¹⁹³ no sentido de que os direitos sociais devem ser compreendidos como sendo aqueles que tenham por escopo possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos; além da busca pela equalização de situações socialmente desiguais. Portanto, a tônica enquadadora de um direito como sendo social não é ele ser positivo ou negativo, mas sim a sua vinculação com o princípio da igualdade material.

Como já mencionado, a constituição de Weimar foi um foco irradiador do constitucionalismo social, tendo a sua abordagem dos direitos sociais servido de exemplo para diversas nações democráticas. O Brasil não ficou alheio às boas novas desse novel

¹⁹¹ BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Constitucionalismo social: direitos sociais e o Supremo Tribunal Federal. **Revista FMU Direito**. São Paulo, ano 28, n. 41, p. 94-107, 2014, p. 05.

¹⁹² LIMA FILHO, Francisco. Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional. **Revista de Direito Público**. v. 4, n. 15, Jan/Mar. 2007, p. 16.

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288-289.

constitucionalismo, apesar de sua absorção inicial ter sido efêmera e volátil, em razão da breve duração das Cartas de 1934 e 1946, inspiradas pelo constitucionalismo social alemão.

Com efeito, segundo Bonavides,¹⁹⁴ somente com a Constituição de 1988 foi possível uma robusta e duradoura absorção formal do ideário social inaugurado em Weimar, apesar dos inúmeros desafios e percalços para implementação do seu rol de direitos sociais. A mesma observação é feita por Streck,¹⁹⁵ no sentido de que o novo constitucionalismo, dotado de traços sociais como o da Constituição de Weimar, encontrou na concretização dos direitos o seu maior obstáculo, muito devido ao fato de que as lentes do aplicador do Direito, e de importante parcela da classe política do Brasil, ainda estarem voltadas para o ideário liberal, vigente no regime jurídico pré-1988. Logo, estar-se-ia trabalhando num campo novo (constitucionalismo social) com instrumentos velhos (interpretação/aplicação dos direitos sob a ótica privatista liberal).

Apesar dos inegáveis percalços e entraves, não há como negar as inúmeras transformações promovidas pela Constituição de 1988 no campo dos direitos sociais. A principal, sem dúvida, é a expressada por meio do reconhecimento de um extenso rol de garantias sociais, trabalhistas, previdenciárias e assistenciais à população brasileira, com *status* de norma constitucional, no mesmo pé de igualdade com os clássicos direitos de primeira geração.

Daí se extrai outro importante reflexo do constitucionalismo social: a expansão da jurisdição constitucional.¹⁹⁶ Antes do seu advento, as matérias levadas à apreciação judicial diziam respeito a contratos e obrigações; causas penais; disputas tributárias ou administrativas; e até mesmo disputas políticas e familiares. A razão para isso era que o texto constitucional da fase liberal era adstrito ao binômio: organização político-administrativa do Estado e previsão de garantias negativas aos cidadãos em face do governo, notadamente as relacionadas à propriedade privada e às garantias penais. A partir do constitucionalismo social, houve uma expansão do bloco de constitucionalidade, por meio da previsão de diversos dispositivos relativos a direitos sociais, econômicos e trabalhistas no texto das constituições. O efeito

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 374-375.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Weimar e o “constitucionalismo social” para além da “solução de compromisso”: de sua inspiração à crise de paradigmas que nubla o surgimento do “novo” no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022, p. 10.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265-266.

judicial dessa expansão foi que os juízes passaram a ter a prerrogativa de julgar causas até então alheias ao mundo jurídico.

Uma vez constitucionalizadas, as normas sociais passaram a ter a mesma força cogente dos direitos clássicos de liberdade, ao menos sob o ponto de vista jurídico. Portanto, caberia aos juízes a sua observância em todas as causas que lhe fossem confiadas.

Assim, por meio da expansão do bloco de constitucionalidade, ocorrida com a inserção dos direitos de segunda dimensão, passaram a ter os juízes tanto o poder/dever de coagir o Estado a adimplir uma obrigação contratual não honrada (direito de primeira geração), quanto a obrigá-lo a destinar recursos à saúde e à educação (direitos de segunda geração).

A doutrina neoconstitucionalista, a exemplo de Barroso,¹⁹⁷ atribui essa expansão da jurisdição constitucional, e as obrigações estatais dela decorrentes, ao neoconstitucionalismo. Todavia, como apontado por Ramos¹⁹⁸ e Rodrigues Júnior,¹⁹⁹ essa associação não procede, na medida em que a força normativa da constituição e o respeito à sua hierarquia é um pressuposto à existência de uma constituição formal. Do mesmo modo, a centralidade da constituição é outro pilar do constitucionalismo, inexistindo defesa séria nos setores do direito ordinário, inclusive antes do neoconstitucionalismo, de que os códigos e as legislações esparsas possuiriam precedência sobre a constituição, ou que seria admissível interpretação e aplicação do direito ordinário em conflito com o texto constitucional.

Portanto, vê-se que o fenômeno da judiciabilidade de matérias constituições independe do neoconstitucionalismo. Entendimento diverso acarretaria na negação da própria formalidade da constituição, além da ignorância quanto a institutos longevos e consolidados, como o *judicial review* americano. Assim, o reconhecimento constitucional dos direitos sociais deve ser encarado como uma conquista do constitucionalismo social, enquanto mecanismo jurídico de edificação dos Estados sociais, fenômeno datado do primeiro pós-guerra, e não como fruto da ideologia neoconstitucional.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006, p. 49.

¹⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 297.

¹⁹⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 178.

No caso do Brasil, a expressão maior da expansão da jurisdição constitucional em matéria de direitos sociais foi o advento da Constituição de 1988, o que pode ser extraído, por exemplo, do extenso rol de direitos e garantias sociais presentes em seu corpo formal. Todavia, apesar da generosa positivação, os direitos sociais no Brasil padecem de um baixo grau de efetividade; o que contraria a missão do Estado brasileiro enquanto Estado social de terceira geração, o qual, como lembra Bonavides,²⁰⁰ tem o dever de não só conceder direitos sociais básicos, como também de os garantir.

De plano, faz-se necessário destacar não ser possível creditar exclusivamente ao Poder Executivo a baixa efetividade dos direitos sociais no Brasil. Do mesmo modo, seria ingênuo supor que o referido problema se deve apenas a questões jurídicas ou dogmáticas; desconsiderando, assim, os fatores políticos e ideológicos associados ao longo histórico de menoscabo com questões sociais no país.

(...) Sem menosprezar o trabalho teórico dos que envidam esforços para a construção de uma dogmática (ou hermenêutica) crítica, tal direcionamento hegemônico na busca da solução da inefetividade dos direitos sociais recai sobre o idealismo de se buscar soluções teóricas (muitas vezes estereis) no fechado âmbito do direito constitucional. Como se os problemas atinentes ao texto constitucional fossem apenas problemas estritamente jurídicos, menosprezando-se seu teor também eminentemente político. Assim, urge destacar que a inefetividade da constituição é um problema político-jurídico e, desta forma, não há como debelá-lo apenas fazendo uso da dogmática constitucional, por mais sofisticado que tal uso se mostre.²⁰¹

Apesar de não ignorar o componente político, e extrajurídico em geral, relacionado à baixa eficácia dos direitos sociais no Brasil, o presente trabalho visa se debruçar sobre as possíveis contribuições que o mundo jurídico pode dar ao processo de concretização dos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Muitos são obstáculos à efetivação dos direitos sociais no Brasil, em sua maioria atrelados a questões econômicas, como a intensa desigualdade social; bolsões de pobreza, especialmente nas periferias de grandes cidades e em zonas menos urbanizadas do Norte e Nordeste; concentração de postos de trabalho qualificados em pequenos pontos de algumas localidades, como as regiões metropolitanas do Sul e Sudeste; ineficiência estatal e altos índices de

²⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 381.

²⁰¹ POSSAS, Thiago Lemos. Para uma crítica do constitucionalismo social: fragmentos weimarianos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 118, pp. 511-571, jan./jun. 2019, p. 562.

corrupção; além de uma baixa cultura política no que toca ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais.

Assim, nota-se que assiste razão a Possas quanto observa que o problema da baixa efetividade dos direitos sociais no Brasil vai muito além de questões exclusivamente jurídicas e doutrinárias, na medida em que as realidades social, econômica e política não podem ser desconsideradas no entendimento e enfrentamento desse grave problema constitucional.

Sob o prisma jurídico, Bonavides²⁰² observa que o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época consiste justamente em como juridicizar o Estado social e desenvolver técnicas e instrumentos processuais aptos a garantir os direitos sociais e sua efetividade.

Daí, extrai-se a senha daquele que seja, talvez, o maior foco de tensão entre os Poderes da República na atualidade: a judicialização dos direitos sociais.

As transformações paradigmáticas, sobretudo as causadas com a expansão social do bloco referencial para o controle de constitucionalidade, impactaram fortemente a atuação judicial. Desse modo, Lima Filho²⁰³ aponta que não há como esperar que o Judiciário num Estado social tenha a mesma postura de um do Estado liberal, no sentido de que essa nova quadra histórica exige dos juízes o papel de serem intérpretes e concretizadores do Direito, e não bocas da lei.

A lição acima, contudo, deve ser tomada com cautela. Inicialmente porque a adoção do paradigma do juiz como intérprete/concretizador da lei não é exclusiva do Estado social. Aliás, não existe nenhuma vinculação entre as duas coisas. Afinal, é plenamente possível que o Estado adote um regime social-econômico de inspiração liberal (*laissez faire*), e ao mesmo tempo empregue a hermenêutica jurídica pós-positivista, nos termos propostos por Friedrich Müller e Hans Georg-Gadamer. Logo é equivocado associar o arcaico positivismo exegético ao liberalismo social e econômico, ou ainda tomá-los como sinônimos.

²⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 381.

²⁰³ LIMA FILHO, Francisco. Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional. **Revista de Direito Público**. v. 4, n. 15, Jan/Mar. 2007, p. 30.

Ademais, as expressões vinculadas à filosofia pós-positivista, como “concretização do Direito”, dizem respeito ao processo de produção normativo, na esfera judicial/interpretativa. Logo, ao tirar essas expressões do contexto da teoria estruturante de Friedrich Müller, corre-se o risco de tomar concretização da norma, em sentido hermenêutico, como sinônimo de concretização de direitos, em sentido político. Esse equívoco é uma das marcas do ativismo judicial, através do qual a pretexto de “criar o Direito”, os juízes ativistas “criam direitos”.

Atentas a essa necessária diferenciação, observam Pierdoná e Carvalho:

Não se nega ao juiz o papel de criador do Direito. Todavia, fora do quadro normativo constitucional e do ordenamento jurídico, não há espaço para criação de direitos, pois o juiz ativista maneja poderes políticos que não possui, preenchendo lacunas ideológicas do ordenamento jurídico, e exercendo uma forma de controle sobre os demais poderes não previstos na Constituição. As consequências do ativismo judicial são o preenchimento de lacunas ideológicas, pelo juiz, ou seja, criação ou extensão de hipóteses legais para situações não especificadas em lei, fazendo do juiz um legislador, o que fere princípios constitucionais caros à democracia, entre outros, o da igualdade e o da separação de poderes.²⁰⁴

Quando se fala que cabe aos juízes, à luz do paradigma pós-positivista, criar o Direito, deve-se entender como: a norma (resultado da interpretação/aplicação) para o caso concreto deve ser fruto do enfrentamento do programa da norma (elementos textuais) com o âmbito da norma (elementos extratextuais, jurídicos ou não); não tomando a decisão judicial como a revelação da vontade da lei ou do legislador, mas sim como o produto de uma criação judicial interpretativa. Portanto, trata-se de um processo eminentemente intelectual e científico, e não de uma escolha política ou ideológica.

De outra banda, quando se toma “concretização do Direito” como sinônimo de efetivação material de direitos, ou ainda como correção de desigualdades e injustiças, está-se a empregar um processo de ordem política, e não hermenêutico-jurídica. Isso porque, ele implica investir o juiz em um poder político ao qual ele não dispõe. Na medida em que o papel constitucional dos magistrados reside na aplicação interpretativa do Direito, e não na busca por interesses políticos metajurídicos, como justiça e igualdade.

Isso, todavia, não significa que o acesso à via judicial não seja um caminho para concretização dos direitos sociais. Dito de outro modo, uma das formas de concretização dos

²⁰⁴ PIERDONÁ, Zélia Luiza; CARVALHO, Verbena Duarte Brito de Carvalho. Criação “do Direito” e criação “de direitos”: a diferença entre interpretação e ativismo judicial e respectivas consequências. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, e-ISSN: 2526-012X, Belém, v. 5, n. 2, p. 78-92, Jul./Dez. 2019, p. 13.

direitos sociais, em sentido político e material, é o uso de instrumentos processuais de garantia de direitos fundamentais, como o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo. Esse processo de criação de instrumentos concretizadores é político, e reservado ao Poder Legislativo. Assim, quando o juiz, por exemplo, defere um mandado de segurança obrigando o Estado a fornecer um medicamento, a concretização do direito à saúde é obtida através da via instrumental/processual, a qual é política e legislativa; e não por meio da atividade interpretativa (concretização do Direito/norma) feita pelo juiz. Isso porque a atuação do magistrado é sempre vinculada e adstrita ao programa/âmbito na norma, não havendo margem para expressão de um poder político discricionário para julgar segundo a visão pessoal que ele reporte como a materialmente mais eficaz.

Ademais, soa preocupante o alerta de que juízes no Estado social não podem agir como se fossem juízes de um Estado liberal.²⁰⁵ Ora, a atuação judicial independe do regime político-econômico do país. Isso porque cabe aos juízes a aplicação do Direito nos limites da Constituição e das leis. Nisso, é irrelevante se a posição do Estado é mais liberal ou mais estatizante. Afinal, num Estado de Direito, o juiz não é um agente político de transformação social; mas sim um órgão jurídico de aplicação e preservação do Direito democraticamente aprovado.

A interpretação do juiz deve ser balizada pelo *due process*, pedra de toque não só dos processos individuais e coletivos (no sentido de processo como ações judiciais), como também da organização institucional do Estado. A partir do momento em que o magistrado avança sobre as competências legislativas e executivas, sob o pretexto de concretização de direitos, ele está a violar esse princípio. Portanto, vê-se que a observância aos limites da formalidade institucional é condição indispensável no processo de judicialização de direitos sociais, com vistas à sua concretização. Afinal, como leciona Scalia²⁰⁶ o formalismo não deve ser encarado como algo negativo. Pelo contrário. O respeito às formalidades institucionais é justamente o fator responsável por sustentar o Estado de Direito, fazendo dele um governo de leis, e não de homens.

²⁰⁵ LIMA FILHO, Francisco. Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional. **Revista de Direito Público**. v. 4, n. 15, Jan/Mar. 2007, p. 30.

²⁰⁶ SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitution and laws. **The Tanner Lectures on Human Values**, Princeton University, p. 77-121, mar. 1995, p. 99.

De outro lado, é igualmente problemática e equivocada a postura judicial de negar o deferimento de ações judiciais que versem sobre direitos sociais, sob o pretexto de violação abstrata à separação de poderes. Como visto, a partir do constitucionalismo social, os direitos sociais foram elevados à categoria de direitos fundamentais, dotados de imperatividade e exigibilidade. Assim, por ser uma norma constitucional, é defeso que o magistrado se valha de outra norma de igual hierarquia (a separação dos poderes) para negar a concessão de direitos sociais, sem se debruçar acerca das particularidades do caso analisado. Ignorando, por decorrência, a natureza de fundamentalidade dos direitos sociais.

A referida postura caracteriza uma violação ao princípio da unidade da constituição, na medida em que o julgador emprega uma norma (separação dos poderes) apartada das demais (direitos sociais) como forma de anular a eficácia daquelas que lhe sejam aparentemente contrárias.²⁰⁷

Ademais, a negativa arbitrária de concessão de direitos sociais pela via judicial é igualmente ativista, na medida em que o juiz desconsidera obrigações legais e constitucionais impostas ao Estado. Assim, ao “lavar as mãos”, não aplicando o Direito que está constitucionalmente obrigado a aplicar, a postura do juiz se revela como ilegal, caracterizando aquilo que Abboud denominada de ativismo judicial por inação.²⁰⁸

Com efeito, nota-se que ambas as posturas ativistas (por ação ou inação) padecem do mesmo vício: tomam o texto como norma. O ativista por ação, toma decisões para além dos limites do programa normativo, sob o argumento de que, por exemplo, a Constituição assegura o direito à saúde, então, qualquer medida estatal atrelada a esse direito seria exigível e concessível pela via judicial. Do mesmo modo, o ativista por inação toma a autonomia da Administração como a solução abstrata para qualquer problema que envolva concessão de direitos e prestações sociais. As duas posturas estão equivocadas, na medida em que desconsideram a extensão do programa normativo, tomado em todo o seu conjunto, além do âmbito normativo. Assim, suas decisões são o fruto não da interpretação jurídica, mas da

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1223-1224.

²⁰⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1568-1569.

discrecionalidade, seja para avançar uma agenda de prestação social por meio do Estado; seja para barrar ilegitimamente a prestação de direitos sociais.

Com efeito, não se pode ignorar que os direitos introduzidos pelo constitucionalismo social possuem força cogente e são oponíveis em face do Estado e dos particulares. Todavia, como todas as demais normas constitucionais, as instituidoras de direitos sociais precisam ser aplicadas segundo o paradigma do Estado de Direito, o qual, ao mesmo tempo, assegura tanto a autonomia judicial para criação das normas (nos termos do processo hermenêutico pós-positivista); quanto a separação dos poderes e a independência administrativa e legislativa. Portanto, a via judicial pode ser empregada como instrumento de efetivação dos direitos sociais, através dos mecanismos processuais democraticamente aprovados pelo parlamento, balizando-se pelos limites e caminhos apontados no texto constitucional e na legislação ordinária.

2.3 Os desdobramentos judiciais do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais

Como já referido, a doutrina pátria costuma agrupar os direitos fundamentais a partir de sua historicidade e vinculação filosófica, em parte influenciada pela Teoria Geracional, desenvolvida pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak. Assim, na primeira geração, de inspiração liberal, situam-se os direitos civis e políticos (direitos de liberdade); na segunda geração, de influência coletivista e antiliberal, localizam-se os direitos econômicos e prestacionais (direitos de igualdade); por fim, na terceira geração, estariam situados os direitos de titularidade difusa, como o direito à preservação ambiental e desenvolvimento sustentável (direitos de fraternidade).

À luz da supracitada divisão, os direitos sociais, enquadram-se como direitos de segunda geração/dimensão, na medida em que se caracterizam pela prestação de obrigações positivas (v.g., saúde e educação) ou negativas (v.g., direito de greve legal) por parte do Estado, além de limitações à ordem econômica e civil (v.g., função social da propriedade e duração máxima da jornada de trabalho), atrelando-se, assim, ao princípio da igualdade em sentido material/substancial.

Com efeito, é preciso esclarecer que a divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões não implica que haja hierarquia ou preferência entre eles. Desse modo, a liberdade profissional (art. 5º, XIII, da CF/88), que é um direito de primeira geração; goza do mesmo *status* constitucional que o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI, da CF/88), que é direito de segunda geração; o mesmo se diga da defesa do consumidor (art. 170, V, da CF/88), o qual é direito de terceira geração. Assim, por força do princípio da unidade da constituição, não há que se cogitar em hierarquia entre normas constitucionais, pouco importando a geração de direitos na qual ela está inserida.

A referida temática ganha relevo quando se está diante de direitos aparentemente contrapostos. Assim, caso se adote a equivocada posição segundo a qual uma geração de direitos se sobrepõe, em abstrato, sobre as demais, corre-se o risco de operar uma autofagia constitucional, na medida em os direitos de primeira geração, se tomados isoladamente em grau de superioridade, anulariam, na prática, os direitos sociais e transindividuais que lhes fossem contrários. Daí a lição de Canotilho no sentido de que as normas constitucionais devem ser interpretadas sempre em conjunto, não por retalhos.

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como «ponto de orientação», «guia de discussão» e «factor hermenêutico de decisão», o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão (cfr. supra, Cap. 2.7D-IV) existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.²⁰⁹

A atenção ao princípio da unidade, especialmente quanto à inexistência de hierarquia abstrata entre direitos constitucionais, é de bom alvitre na medida em que ainda há quem defenda a prevalência, ou ao menos um maior grau de importância, dos direitos de primeira geração sobre os demais. Nessa toada, apenas gozariam do *status* de fundamentalidade os direitos civis e políticos, estando os outros em posição de inferioridade, tanto na esfera jurídica, quanto no grau de prioridade para aplicação/concretização, ainda que ambos estejam positivados no texto constitucional.

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 226-227.

No caso do Brasil, de forma louvável, o constituinte originário posicionou os direitos sociais no mesmo título que os direitos civis e políticos. O referido título é o Segundo, denominado “dos direitos e garantias fundamentais”. Assim, sob o plano interno, até pela própria topografia constitucional, é possível ter clareza de que o tratamento adequado a ser dispensado aos direitos sociais é o de direito fundamental.

No plano internacional, contudo, não há unanimidade a esse respeito, seja em setores jurídicos alinhados à Direita, ou à Esquerda. Segundo Hirshl,²¹⁰ os principais argumentos levantados contra o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais se ligam ao seu custo econômico e as dificuldades de sua universalização, notadamente porque implicam numa redistribuição de bens; além do choque inevitável com os direitos clássicos de primeira geração.

Com efeito, mostra-se equivocado atrelar a fundamentalidade de um direito ao seu custo de implementação, na medida em que todo e qualquer direito, independentemente da sua geração/dimensão, implica num custo ao Estado, seja direta ou indiretamente. Nesse sentido, é a lição de Stephen Holmes e Cass Sunstein desenvolvida em obra específica sobre essa temática, denominada “O Custo dos Direitos”.

A título de exemplo, para garantia dos direitos de primeira geração do devido processo legal e do juiz natural, o Brasil gastou, só no ano de 2021, R\$ 100,06 bilhões, isso apenas com a manutenção do Poder Judiciário.²¹¹ De outra banda, no mesmo ano, o maior programa assistencial do Governo Federal, o “Auxílio Brasil”, custou aos cofres públicos a importância de R\$34,9 bilhões.²¹² Portanto, vê-se que assiste razão à tese de Stephen Holmes e Cass Sunstein, na medida em que todo direito acarreta, de forma direta ou indireta, algum gasto ao Estado.

Além da impossibilidade de afastar a fundamentalidade dos direitos sociais em decorrência do seu custo, somam-se ainda dois argumentos em favor da sua fundamentalidade: o princípio igualitário e o argumento das necessidades básicas. O primeiro argumento apregoa

²¹⁰ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 222.

²¹¹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf>. Acesso em 28 mai. 2022, p. 75.

²¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Orçamento 2021 é sancionado: Educação, Economia e Defesa têm maiores cortes**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/749955-orcamento-2021-e-sancionado-educacao-economia-e-defesa-tem-maiores-cortes/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

que ninguém pode ser submetido a uma situação de inferioridade por conta de fatores estranhos ao seu controle, como sua etnia, gênero ou orientação sexual. Desse modo, como forma de compensar essas adversidades acidentais, caberia ao Estado adotar mecanismos compensatórios, de modo a garantir a essas pessoas as mesmas possibilidades de vida que as demais em situação não adversa. Já o argumento das necessidades básicas consiste no fato de que ninguém pode usufruir satisfatoriamente dos direitos de liberdade (primeira geração), sem que lhe sejam asseguradas condições materiais mínimas, como saúde, educação e alimentação. Logo, os direitos sociais seriam um meio para o pleno exercício dos direitos civis.²¹³

O último argumento supracitado, inclusive, já foi empregado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção 7300/DF, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio.²¹⁴

Ademais, como apontam Sarlet e Figueiredo,²¹⁵ o exercício dos direitos fundamentais se dá de forma heterogênea, na medida em que dividir os direitos em diferentes gerações não os impede de guardarem conexões entre si. Por exemplo, o direito de moradia. Nele há tanto direito de primeira geração (a inviolabilidade), quanto de segunda geração (direito positivo a uma moradia digna).

O debate acerca da fundamentalidade dos direitos sociais não é um bizantinismo acadêmico ou doutrinário, isso porque a posição adotada impacta sobremaneira na aplicação dos referidos direitos.

No plano da eficácia, o principal desdobramento do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais reside em sua aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da CF/88.²¹⁶ Assim, adotando-se uma posição pró-fundamentalidade, deparamo-nos com o maior desafio dos direitos sociais: como garantir a sua concretização, na medida em que ela depende diretamente da disponibilidade do orçamento público.

²¹³ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 223.

²¹⁴ “Pobreza e falta de alimentação, de escolaridade e de saúde impõem barreiras à participação política. Não se pode concluir que miseráveis tenham as mesmas oportunidades para figurarem, em igualdade de condições com o restante da sociedade, na tomada de decisão, considerado processo de formação da vontade popular.” (BRASIL. STF. **Mandado de Injunção 7300/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 27/04/2021).

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, p. 171-213, out./dez 2007, p. 175.

²¹⁶ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Com efeito, em vista a uma maior efetividade dos direitos humanos, o entendimento mais adequado a ser dado ao art. 5º, §1º, da CF/88 é o de que a aplicação dos direitos fundamentais, ao qual se refere o dispositivo, diz respeito tanto aos direitos individuais, quanto aos sociais. Interpretação diversa, relegaria esses últimos à discricionariedade do administrador, o qual poderia usar questões orçamentárias como forma de anular a sua concretização.

Ademais, caso seja atribuída totalmente ao plano da liberalidade do Executivo a concretização dos direitos sociais, estar-se-ia a subtrair toda a efetividade do texto constitucional, reduzindo-o a uma mera promessa política. Nesse sentido, é a lição de Bastos:

A maior ou menor medida de políticas públicas destinadas a cada um dos direitos sociais não deixa de fazer parte da política econômico-social de cada governante. Contudo, não se pode deixar os indivíduos à mercê da falta de proteção que a Constituição lhe garante. Não há dúvida de que a intenção do constituinte foi impedir que os direitos fundamentais permaneçam letra morta na Constituição. Não existindo identidade entre a Constituição e a realidade, faltaria legitimidade da Constituição, pois esta seria simplesmente uma “folha de papel”, como anota Ferdinand Lassalle.²¹⁷

Discorrendo sobre a dualidade entre a aplicação imediata ou discricionária dos direitos sociais, Schneider²¹⁸ tomando por base a Lei Fundamental de Bonn (atual constituição alemã), aponta que a partir desse marco constitucional, a forma de encarar os direitos sociais mudou profundamente, na medida em que nas constituições passadas os direitos sociais eram tidos como normas meramente programáticas, sujeitas à discricionariedade do Estado. Todavia, com a Lei Fundamental de Bonn, os referidos direitos passaram a ser encarados como normas imediatamente aplicáveis e vinculantes aos três Poderes da República. Aponta ainda o autor, que o modelo alemão pode ser também observado na Constituição do Reino da Espanha, a qual prevê de forma expressa a vinculação dos poderes públicos ao cumprimento dos direitos sociais.

Schneider²¹⁹ aponta ainda um efeito “negativo” do reconhecimento da vinculação dos direitos sociais, no sentido de que é vedado ao Legislativo aprovar leis; ao Executivo editar algum ato administrativo; ou o Judiciário julgar determinado caso quanto tais atos estiverem em desacordo com os direitos fundamentais. Desse modo, conclui o jurista alemão, que uma das consequências práticas da vinculação dos direitos fundamentais é a possibilidade de

²¹⁷ BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Constitucionalismo social: direitos sociais e o Supremo Tribunal Federal. **Revista FMU Direito**. São Paulo, ano 28, n. 41, p.94-107, 2014, p. 97.

²¹⁸ SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiariedad y cuncion de los derechos fundamentales en el estado constitucional democratico. **Revista de Estudos Políticos**, ISSN 0048-7694, nº 7, p. 07-36, 1979, p. 20.

²¹⁹ Ibidem, p. 20.

judicialização de qualquer medida estatal (o que abarca os três Poderes) que esteja em rota de colisão com os direitos fundamentais.

Na doutrina pátria, importante é a lição de Sarlet e Figueiredo no sentido de que a regulamentação diferenciada exigida para os direitos sociais não implica em sua redução a normas meramente programáticas. Logo, elas “devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, de direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais”.²²⁰

Desse modo, vê-se que o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais acarretou no reconhecimento da sua autoaplicabilidade. Entretanto, à luz do apontado acima, aplicabilidade e efetividade não se confundem. Em razão disso, desenvolveu-se uma das maiores celeumas em matéria de direitos sociais no Brasil: a judicialização de políticas sobre direitos sociais com vista à sua efetivação, embasada no reconhecimento da sua vinculação e imediata eficácia.

2.4 O reconhecimento internacional dos direitos sociais e seu reflexo na atividade judicial

Em perspectiva histórica, o período da Primeira Guerra Mundial foi o marco temporal para a positivação das primeiras constituições de cunho social, com destaque para a mexicana (1917) e a alemã (1919). Todavia, os ventos do direito social não ficaram restritos ao plano interno dos países, espalhando-se também para a esfera internacional.

A primeira relevante expressão da internacionalização dos direitos sociais se deu com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Tratado de Versalhes, em 1919. O escopo da referida instituição foi a proteção dos trabalhadores e a promoção de condições dignas e produtivas de trabalho sob à ótica internacional, guiando-se por quatro princípios: definição e promoção de normas, princípios e direitos fundamentais no trabalho; criação de maiores oportunidades de emprego e renda para os cidadãos; melhoria da cobertura

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, p. 171-213, out./dez 2007, p. 177.

e eficácia da proteção social; e o fortalecimento do tripartismo (composição representativa dos empregados, empregadores e governos); e o diálogo social.²²¹

No plano nacional, destaca-se que o Brasil foi um dos membros fundadores da OIT, tendo assinado o tratado internacional de adesão à instituição em 28 de julho de 1919, o qual foi promulgado pelo Decreto nº 13.990, de 12 de janeiro de 1920; tendo o país, de lá para cá, ratificado noventa e seis de suas convenções.²²²

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a OIT adotou uma nova constituição, em 1946, tendo ela ganhado emendas em 1953, 1962 e 1972, todas elas em vigor no plano internacional e ratificadas pela República Brasileira, a qual é membro da organização desde a sua fundação em 1919.²²³

Uma das principais competências da OIT é a normativa, expressada por meio de suas convenções e recomendações, as quais abordam questões relativas às suas finalidades de proteção das relações de trabalho, tendo grande impacto tanto no plano internacional, como no nacional, através da sua incorporação ao ordenamento jurídico interno.

As convenções da OIT têm *status* de tratado internacional, e sua integração ao direito pátrio segue o mesmo trâmite dos demais tratados, devendo ser celebradas pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/88) e referendadas pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/88). Outrossim, por se tratarem de matéria relativa aos direitos humanos, as referidas convenções se sujeitam à regra do art. 5º, §3º, da CF/88, podendo ter *status* constitucional ou supralegal, a depender da sua forma de recepção pelo Congresso Nacional, entendimento esse fixado pelo STF, no julgado do RE 466.343/SP.

Mazzuoli,²²⁴ contudo, defende que as convenções internacionais da OIT são materialmente constitucionais, possuindo aplicabilidade imediata a partir de sua ratificação

²²¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conheça a OIT**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 22 jul. 2022.

²²² LEAL, Mônica Clarissa; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017. p. 120.

²²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1116-1117.

²²⁴ *Ibidem*, p. 1137-1138.

(vigência no plano internacional). Logo, após esse ato, todos os juízes e tribunais do país estariam obrigados a aplicá-las no julgamento dos casos concretos *sub judice*. Devendo os órgãos do Judiciário, inclusive, afastar a incidência da legislação trabalhista ordinária interna naquilo que for contrário ao texto das convenções da OIT ratificadas pelo Brasil.

Por outro lado, as recomendações da OIT não têm *status* de tratado internacional. Nisso, diferenciando-se das convenções. Apesar dessa particularidade formal, elas também têm o condão de instituir obrigações aos Estados-membros da OIT, por força do disposto no art. 19, § 6, alíneas “b” e “d”, da Constituição da OIT. O referido dispositivo apregoa que as recomendações do órgão sejam objeto de apreciação pelas autoridades nacionais, com vistas à sua transformação em lei, ou ao menos que tome medidas cabíveis com vistas a atender o propósito da matéria nela versada.²²⁵

Portanto, vê-se que ambas as espécies normativas caminham para uma mesma direção, na medida em que as duas se sujeitam à absorção pelo direito interno por meio da edição de legislação própria no Congresso Nacional, apesar de sua diferenciação quanto à eficácia. Apesar disso, reconhece-se que ambas são autênticas fontes formais do Direito do Trabalho no Brasil.

O reflexo dessa fonte internacional dos direitos sociais é de grande importância no Judiciário nacional, na medida em que após a sua entrada em vigor tanto as recomendações quanto às convenções passam a obrigar os juízes a aplicar suas disposições, seja com força de norma constitucional, ou supralegal, podendo, inclusive, serem o fundamento para invalidação de legislação interna, por meio do controle de constitucionalidade e convencionalidade. Logo, vê-se que o reconhecimento dos direitos sociais na ótica internacional, por meio das normativas da OIT, é importante vetor para aplicação dos direitos sociais no Brasil, não podendo os juízes ficarem limitados ao plano interno de nossa legislação social, na medida em que mesmo tendo origem internacional, as referidas normativas possuem força vinculante.

Apesar da criação da OIT em 1919, ainda não se pode falar numa ampla internacionalização dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, na medida em que o referido órgão está limitado apenas às matérias atreladas ao Direito do Trabalho, além de possuir uma abrangência restrita no plano internacional. Apesar disso, é inegável que a referida

²²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1142.

instituição, por meio de suas convenções e recomendações, foi um importante pioneiro no processo de internacionalização dos direitos fundamentais.

Com efeito, somente após o final da Segunda Guerra Mundial, graças ao relativo consenso internacional para criar normas supranacionais de proteção a direitos mínimos, em grande parte motivado pela descoberta das barbaridades perpetradas pelo regime nacional-socialista, foi possível a preparação do terreno para construção da atual compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A materialização desse impulso internacionalizante se deu em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual foi a responsável por introduzir a hodierna concepção de direitos humanos, além de ser o marco da criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), entendido como um sistema jurídico-normativo de abrangência internacional imbuído da salvaguarda dos direitos humanos. Após a adoção do referido documento, prevaleceu o entendimento segundo o qual ele deveria ser juridicizado como um tratado internacional, juridicamente obrigatório e vinculante quanto a seus signatários. Esse processo de juridicização, iniciado em 1949, só foi concluído em 1966, mediante a elaboração de dois tratados internacionais, no âmbito da ONU: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²²⁶

Desde o seu texto aprovado em 1948, a DUDH já reconheceu alguns direitos de cunho social, com isso rompendo no âmbito internacional a nossa clássica de que apenas direitos civis e políticos têm *status* de fundamentalidade, ou que só a eles deve ser reservado o tratamento de direitos humanos. Nesse sentido, é a previsão do art. 22 do referido documento:

Art. 22. Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

O artigo 22, que é o cerne dos direitos econômicos e sociais (direitos positivos) da DUDH, prevê de forma expressa não só o reconhecimento internacional dos direitos sociais, como a sua exigibilidade, mediante o esforço nacional e internacional articulado entre as

²²⁶ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 113.

nações. Desse modo, afasta-se a tese segundo a qual os referidos direitos são de ordem meramente moral, ou indicativa.

A fórmula genérica do art. 22, é expandida pelos artigos subsequentes. O art. 23 reconhece o direito ao trabalho, a proteção contra o desemprego, a equidade salarial e a liberdade sindical. O art. 24 prevê o direito de repouso e lazer, além das limitações das jornadas de trabalho. O art. 25 indica que toda pessoa tem o direito a um nível de vida no qual lhe seja assegurado saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, serviços sociais, proteção à maternidade e à velhice. Já o art. 26 traz o direito universal à educação, que deve ser gratuita ao menos até o nível fundamental.

Apesar de não ser formalmente um tratado, uma vez que não se submeteu ao procedimento interno de celebração dos tratados, Mazzuoli,²²⁷ aponta que a DUDH deve ser entendida como norma de *jus cogens* internacional, integrando a Carta da ONU, na medida em que é uma interpretação fiel da qualificação jurídica de direitos humanos. Portanto, apesar de não ser formalmente um tratado, ela vincula as nações signatárias da carta da ONU, o que obviamente, implica a vinculação dos Judiciários de seus respectivos países ao teor da DUDH.

Ramos²²⁸ observa que após a aprovação da DUDH, o objetivo das Nações Unidas era criar um marco normativo vinculante, todavia esse objetivo só foi atingido em 1966, com a aprovação de dois pactos, o dos Direitos Civis e Políticos e o dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais. A junção desses três diplomas formou a Carta Internacional de Direitos Humanos (*International Bill of Rights*). Disso, depreende-se que a interpretação dos pactos deve ser conectada com a DUDH, como um documento sistêmico e integrado de direitos humanos. Piovesan,²²⁹ contudo, destaca que a edição de dois pactos distintos foi o reflexo da resistência de muitos Estados em tratar as duas categorias de direitos como detentoras de igual proteção, insistindo num tratamento ambivalente para os direitos sociais e civis.

Se a DUDH deu um tratamento modesto aos direitos sociais, com apenas cinco artigos a seu respeito, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)

²²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 953-954.

²²⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 219.

²²⁹ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 114.

reservou a essa categoria jurídica uma ampla positivação, compondo-se de trinta e um artigos, os quais detalham a expressão para o reconhecimento e exercício dos direitos sociais. Dentre o extenso rol, destacam-se os direitos ao trabalho e a condições dignas de emprego e de remuneração (arts. 6º e 7º); liberdade sindical e de associação (art. 8º); seguridade social (art. 9º); assistência social (art. 10º); alimentação, vestuário e alojamento (art. 11º); saúde física e mental (art. 12º); educação pública e gratuita, ao menos na fase primária (arts. 13º e 14º); participação cultural e científica (art. 15º).

Desde o seu preâmbulo, o referido documento internacional fez questão de trazer os direitos sociais como direitos humanos indispensáveis para o exercício dos direitos clássicos, reforçando, assim, a tese segundo a qual não há oposição entre as duas dimensões de direitos, mas sim uma relação de complementaridade. Nesse sentido, prevê o PIDESC:

(...) O ideal do ser humano livre, liberto do medo e da miséria não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.²³⁰

Ao contrário dos direitos civis e políticos, que têm aplicabilidade imediata, o art. 2º do PIDESC reservou aos direitos de segunda dimensão um exercício progressivo, no máximo dos recursos disponíveis. Ou seja, são direitos desprovidos de autoaplicabilidade, na medida em que estão condicionados à atuação estatal, a qual deve se dar conjugando todos os esforços nacionais e internacionais, especialmente por meio de planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos financeiros possíveis, com vistas a uma concretização escalonada dos direitos sociais.²³¹

A implementação apenas progressiva dos direitos sociais é alvo de críticas na doutrina, especialmente pelo fato de que todo direito, direta ou indiretamente, depende de recursos públicos para sua implementação, seja ele civil, político ou social. Desse modo, a progressividade pode servir de subterfúgio para o não cumprimento dos direitos assumidos no

²³⁰ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2022.

²³¹ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 114-115.

PIDESC, o que contraria o sentimento internacional de proteção dos direitos humanos, exprimido no referido pacto.

Apesar do PIDESC datar de 1966, o Brasil só aprovou o seu texto em 1991, por meio do Decreto nº 226, de 12 de dezembro de 1991. A carta de adesão ao pacto foi depositada em 24 de janeiro de 1992, tendo o pacto entrado em vigor para o Brasil em 24 de abril do mesmo ano. Posteriormente, ele foi promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, tendo entrado em vigor na ordem jurídica interna no dia de sua publicação, 07 de julho de 1992.²³²

Por versar sobre direitos humanos, e ter adentrado no sistema jurídico pátrio antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, o PIDESC goza do *status* de supralegalidade (conforme decidido pelo STF no RE 466.343/SP), sendo norma vinculante no ordenamento pátrio, podendo, inclusive, ser empregada no controle de convencionalidade do direito interno pelos tribunais, afastando-o naquilo que lhe for contrário.

Afora a possibilidade de judicialização interna, Mazzuoli²³³ leciona ser possível a acionabilidade dos direitos contidos no PIDESC perante cortes e instâncias internacionais. Aliás, o próprio PIDESC, em seus artigos 16 a 25, prevê uma série de mecanismos de fiscalização do cumprimento dos seus termos pelos Estados signatários, como a apresentação de relatórios sobre o cumprimento dos direitos sociais. Já em 2008, foi editado o Protocolo Facultativo ao PIDESC, o qual introduziu a possibilidade de petições individuais, adoção de medidas de urgência (*interim measures*); comunicações interestatais, além de investigações *in loco* para averiguação de casos graves e sistêmicos de violação de direitos sociais.

Ainda no plano global, a Declaração de Viena de 1993 recomenda a adoção de outros critérios de efetivação dos direitos sociais, para além daqueles previstos no PIDESC, como a aplicação de um sistema de indicadores para medir os avanços alcançados nos direitos consagrados no referido pacto internacional. Desse modo, os referidos indicadores serviriam como forma de aumentar a transparência estatal, servindo também como meio de pressionar os governos, com vistas à implantação progressiva dos direitos sociais.²³⁴

²³² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 231.

²³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 969-970.

²³⁴ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 117.

No plano regional, o principal documento em matéria de direitos humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a qual, segundo Piovesan²³⁵ é o símbolo da consolidação de um constitucionalismo regional, com vistas a salvaguardar os direitos humanos no âmbito interamericano. Nesse prisma, a CADH teria um duplo propósito: promover e encorajar avanços nos direitos humanos no plano interno dos Estados e prevenir retrocessos na proteção desses direitos.

A CADH foi assinada em 1969, porém só entrou em vigor no plano internacional em 18 de julho de 1978. No plano interno, ela foi ratificada pelo Brasil apenas em 1992, tendo sido promulgada por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.²³⁶

Assim como outros documentos internacionais de direitos humanos do século XX, a CADH deu maior atenção aos clássicos direitos civis e políticos, reservando apenas uma tímida previsão quanto aos direitos sociais, por meio do seu art. 26, o qual reproduziu a previsão de progressividade dos direitos de segunda dimensão do PIDESC.

Art. 26. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

A exemplo do ocorrido no plano global (com a DUDH e o PIDESC), no regional também houve a elaboração de um pacto sobre direitos sociais complementar à CADH, por meio do Protocolo de San Salvador, firmado em 1999. Sobre isso, Piovesan²³⁷ destaca que se trata, mais uma vez, da ambivalência dispensada pelos Estados quanto ao tratamento destoante entre direitos de primeira e segunda dimensão. Isso porque os direitos civis e políticos, abundantes na CADH desde sua elaboração em 1969, contam com a adesão de 25 países; já os direitos sociais só vieram a ter um tratamento generoso e adequado por meio do Protocolo de San Salvador, vinte anos após a CADH ter sido firmada, e contando com a adesão de apenas 14 países do continente americano.

²³⁵ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 124.

²³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 975.

²³⁷ PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 124.

Assim como o PIDESC, o Pacto de San Salvador traz em seu preâmbulo a noção de complementaridade entre as gerações de direitos humanos:

Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros.²³⁸

Outra semelhança com o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, é a previsão da implementação progressiva dos direitos sociais, contida no art. 1º do Protocolo de San Salvador. O qual igualmente exige que os Estados signatários se comprometam em adotar todas as medidas necessárias, em âmbito interno e de cooperação internacional, para implementar efetivamente os direitos contidos em seu texto.

O Brasil aderiu ao Protocolo de San Salvador em 1999, tendo ele entrado em vigor no sistema jurídico pátrio por meio do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.²³⁹ Ademais, por se tratar de tratado internacional sobre direitos humanos anterior à edição da Emenda Constituição nº 45/2004, o referido diploma jurídico possui *status* de supralegalidade, nos termos do RE 466.343/SP, julgado pelo STF.

Além dos tratados e convenções internacionais aos quais o Brasil tenha ratificado e incorporado ao plano jurídico interno, Piovesan²⁴⁰ destaca que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é outra importante fonte no processo de proteção dos direitos sociais no sistema regional americano. Segundo a autora, a partir dos julgamentos da CIDH envolvendo direitos sociais, é possível organizar uma tipologia baseada em três estratégias: dimensão positiva do direito à vida; aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis; e proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis.

²³⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: https://docs.google.com/document/d/1rWZkE8bMZ5y9iX3evW_R_9iSihiyTLqF/edit. Acesso em: 28 jul. 2022.

²³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 978.

²⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 125-128.

A CIDH usou o argumento da dimensão positiva no direito à vida no julgamento do caso *Villagran Morales vs. Guatemala* (1999),²⁴¹ tendo assentado que o direito à vida não deve ser tomado restritivamente, apenas como direito negativo, na medida em que ele também abarca uma dimensão positiva: a de não ser privado da vida arbitrariamente. Desse modo, reconheceu o dever do Estado em tomar medidas positivas aptas à proteção da dignidade e do desenvolvimento humano, o que implica na prestação e proteção de direitos sociais.

Já a aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis, foi empregado pela Corte no julgamento de *Yakye Axa vs. Paraguai* (2005).²⁴² No referido caso, a CIDH sustentou que as populações indígenas, enquanto grupo vulnerável, têm direito a medidas especiais do Estado para lhes serem assegurados serviços públicos de saúde, os quais devem ainda respeitar suas tradições culturais, incluindo os cuidados preventivos e curativos, além das técnicas tradicionais de medicina. O mesmo critério foi empregado em *Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010),²⁴³ no qual a CIDH apontou a inaplicabilidade do conceito liberal de propriedade privada às comunidades indígenas, defendendo a proteção da concepção indígena de uso coletivo da terra. Por fim, em *Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana* (2005),²⁴⁴ a CIDH enfatizou o dever do Estado em aplicar progressivamente o direito à educação, reservando especial atenção às meninas em situação de vulnerabilidade.

Por fim, quanto ao terceiro argumento, o da proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, a CIDH fez uso dele em *Albán Cornejo y otros vs. Equador* (2007),²⁴⁵ tendo reconhecido o direito à saúde como mecanismo de garantia da integridade pessoal. Igualmente em *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003),²⁴⁶ a Corte decidiu pela proteção da saúde através da proteção à integridade física das pessoas submetidas

²⁴¹ A íntegra da decisão pode ser consultada em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

²⁴² A íntegra da decisão pode ser consultada em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

²⁴³ O julgado pode ser consultado em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

²⁴⁴ O julgado pode ser consultado em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

²⁴⁵ O julgado pode ser consultado em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

²⁴⁶ O julgado pode ser consultado em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

ao cárcere. Por derradeiro, em *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*,²⁴⁷ a CIDH condenou o Estado por violação ao devido processo legal, o qual reflexamente se deu por decorrência da demissão de duzentos e setenta funcionários públicos que aderiram a uma manifestação grevista.

Mais recentemente, no julgamento do caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (2016),²⁴⁸ a CIDH novamente se debruçou sobre a temática dos direitos sociais, mas especificamente sobre o combate à escravidão e a regimes de trabalho análogos à escravidão, além da proteção à integridade pessoal dos trabalhadores. Em seu dispositivo, a decisão reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação do direito a não ser submetido ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas, garantidos no artigo 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, violados na Fazenda Brasil Verde.

Com efeito, somente em agosto de 2017, no julgamento de *Lagos del Campo vs. Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu uma condenação fundada especificamente no descumprimento do art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica, em razão da violação dos direitos sociais de estabilidade social e de associação sindical.²⁴⁹

Uma das formas de desenvolvimento jurisprudencial dos direitos humanos se dá com o diálogo das cortes (*cross-fertilization*), o qual consiste num processo de referenciamento múltiplo entre as cortes, com vistas ao amadurecimento da discussão sobre os direitos humanos, além da uniformização de seus *standards* a nível global, objetivando a sua universalização.²⁵⁰

Um dos exemplos da ocorrência desse fenômeno se deu no julgamento do supracitado caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (2016),²⁵¹ no qual a CIDH se valeu das contribuições jurisprudenciais sobre o combate à servidão e ao trabalho escravo exaradas pelo

²⁴⁷ O julgado pode ser consultado em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf. Acesso em 22 jul. 2022.

²⁴⁸ O julgado pode ser consultado em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em 22 jul. 2022.

²⁴⁹ CERQUEIRA, Débora Mendonça de. **A perspectiva social dos direitos humanos e o papel da corte interamericana**: uma análise do caso *Lagos del Campo vs. Peru*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe. Aracaju, 2019, p. 78.

²⁵⁰ ARENAS MEZA, Miguel. El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de *cross-fertilization* entre tribunales de derechos humanos. Araucária. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, año 20, nº 40. Segundo semestre de 2018, p. 577-604. ISSN 1575-6823 e-ISSN 2340-2199, 2018, p. 578.

²⁵¹ O julgado pode ser consultado em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no julgamento dos casos *Siliadin vs. França* e *Rantsev vs. Chipre*. No mesmo julgado, ainda é possível encontrar outras referências à corte europeia, como o desenvolvimento do instituto das “sentenças piloto” como forma de contornar situações sistêmicas de violação de direitos fundamentais, firmado no caso *Broniowski vs. Polônia*; além do direito de proteção das crianças em face de abusos, reconhecido no julgamento do caso *Wallová e Wallov vs. República Tcheca*.

Apesar da jurisprudência da CIDH não ser uma fonte formal do Direitos Internacional dos Direitos Humanos, ela possui um relevante papel de persuasão, tendo, inclusive, servido como paradigma para algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. Exemplificadamente, a recente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635/RJ,²⁵² a qual trata do direito social à segurança pública e da redução da letalidade policial no estado do Rio de Janeiro, usou como referência jurisprudencial o caso *Cosme Rosa Genoveva e Outros (Caso Favela Nova Brasília) vs. Brasil*,²⁵³ julgado pela CIDH em 2017.

Outra expressão da proteção aos direitos sociais a nível regional se dá com as recomendações e resoluções expedidas pelos órgãos do sistema regional americano de direitos humanos. Por exemplo, a recente Resolução nº 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual elencou medidas urgentes a serem adotadas pelo Estados com vistas ao combate da pandemia do COVID-19, especialmente em relação às populações carcerárias, orientando os países a promoverem medidas alternativas de desencarceramento como forma de prevenção ao contágio pelo vírus.²⁵⁴

Pelo exposto, vê-se que a disciplina internacional dos direitos sociais é de grande importância na aplicação dessa categoria de direitos no plano interno pelo Poder Judiciário. Primeiro, porque os acordos e tratados internacionais firmados pelo Brasil possuem força obrigatória, inclusive com *status* de supralegalidade ou constitucionalidade, a depender da sua forma de recepção no ordenamento pátrio. Logo, é defeso aos juízes e tribunais os ignorarem quando do julgamento das causas que lhes forem apresentadas. Dessa forma, devem os

²⁵² O julgado pode ser consultado em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433905/false>. Acesso em: 22 jul. 2022.

²⁵³ O julgado pode ser consultado em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em 22 jul. 2022.

²⁵⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução nº 1/2020**: pandemia e direitos humanos nas américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2022.

magistrados julgarem segundo uma noção ampliada do bloco de legalidade e constitucionalidade, levando em conta tanto os diplomas nacionais, quanto os internacionais. Ademais, ainda que sob o prisma referencial, os precedentes das cortes internacionais sobre direitos sociais são de grande valia, por expressarem o fruto das discussões mais atuais e qualificadas em nível internacional acerca da proteção e efetivação dos direitos humanos de segunda geração.

2.5 Novas técnicas judiciais para garantia da eficácia dos direitos sociais: mínimo existencial e vedação ao retrocesso social

Uma vez reconhecidas a fundamentalidade dos direitos sociais, tanto no plano nacional quanto no internacional; além da impossibilidade de sua plena implementação de forma instantânea, faz-se necessário o desenvolvimento de técnicas de concretização que garantam a preservação de um núcleo mínimo dos direitos sociais, com vistas a uma maximização progressiva de sua eficácia. Isso porque, como já visto, é equivocado deixar a cargo da total discricionariedade administrativa a efetivação dos direitos sociais, ainda que sob o argumento de se tratarem de normas programáticas ou demasiadamente vagas. Afinal, como aponta Bastos:

(...) Essa amplitude que a norma comporta não pode ser utilizada como justificativa para o seu não cumprimento. Ao contrário, deve-se cobrar em relação a elas um mínimo de concretização dos seus ditames, que seja por meio do que ele tem desenvolvido para implementação destes direitos, seja por meio do reconhecimento de suas finalidades dentro do quadro de ações estatais.²⁵⁵

Sob esse prisma, destacam-se alguns institutos desenvolvidos com o objetivo de garantir a eficácia dos direitos fundamentais, como a vedação ao retrocesso social e a garantia do mínimo existencial, os quais serão analisados neste tópico.

O reconhecimento da prestação de um direito social como sendo razoável não pode se limitar a aspectos meramente financeiros do Estado, devendo levar em consideração também os seus impactos coletivos, balizados pela noção de expectativas sociais legítimas. Todavia, a proteção da coletividade não se pode dar mediante a anulação dos direitos sociais do indivíduo.

²⁵⁵ BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Constitucionalismo social: direitos sociais e o Supremo Tribunal Federal. *Revista FMU Direito*. São Paulo, ano 28, n. 41, p.94-107, ISSN: 2316-1515. 2014, p. 99.

É nesta cinzenta zona de colisão entre aquilo que é legitimamente esperado pelo particular e aquilo que é razoavelmente devido pelo Estado que está inserida a garantia do mínimo existencial.

O pioneiro na defesa da ideia de o Estado assegurar um mínimo existencial de direitos foi o jurista alemão Otto Bachof. A primeira aceitação jurisprudencial desta teoria se deu em 1954, no Tribunal Administrativo Federal da Alemanha, o qual associou seu emprego à dignidade humana e à cláusula do Estado social. Somente em 1975 a tese de Otto Bachof foi encampada pela corte constitucional alemã, fato que se deu no caso *BVerfGE 40,121*, no qual o tribunal reconheceu a obrigação do Estado alemão em prestar assistência às pessoas desamparadas.²⁵⁶

Com efeito, Machado e Oliveira²⁵⁷ destacam que o conceito de mínimo existencial é dinâmico, sendo pautado pelas necessidades particulares de cada época. Todavia, apesar do referido instituto não ter uma abrangência unívoca, é possível qualificá-lo como um instrumento jurídico direcionado à garantia da qualidade de vida e ao estabelecimento de condições sociais alicerçantes. Ele engloba direitos sociais básicos, como trabalho digno, saúde e educação, além de posições sociais e jurídicas que transcendem necessidades de subsistência, como a proteção dos vulneráveis e o respeito à pluralidade. Assim, é possível reconhecer o mínimo existencial como sendo um compromisso de concretização da justiça social, por meio da conexão entre o princípio da dignidade humana e o Estado Social de Direito.

No Brasil, a referida técnica é amplamente aceita na esfera judicial, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Seu primeiro emprego se deu no julgamento da ADPF nº45/2004. Desde então, muitas foram as decisões em que a suprema corte brasileira se valeu do referido instituto como forma de mitigar a autonomia administrativa com vistas à concretização de um patamar mínimo de direitos sociais. Exemplo didático do emprego da referida técnica pode ser verificada no ARE 761127/AP, no qual seu relator, o ministro Celso de Mello, assim se manifestou a seu respeito:

²⁵⁶ SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016, p. 1646.

²⁵⁷ MACHADO, Luciana de Aboim; OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Vulnerabilidades agravadas pela pandemia de COVID-19 e a vedação ao retrocesso social. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, e-ISSN: 2525-9903, v. 7, n. 1, p. 42-60, jan/jul. 2021, p. 55.

A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).²⁵⁸

Pelo teor do julgado colacionado acima, nota-se a estreita relação entre o mínimo existencial e a razoabilidade, situação pontuada, inclusive, pela Suprema Corte da Alemanha no julgamento do caso *BVerfGE 40,121*. Isso se deve ao fato de o referido instituto servir como parâmetro ao balanceamento de direitos fundamentais colidentes, na medida em que ele consiste numa espécie de obstáculo ao qual é defeso ao julgador ultrapassar quando do sopesamento de direitos na ponderação.

Ademais, o mínimo existencial deve também ser encarado com a garantia de preservação do núcleo dos direitos fundamentais. Isso porque no choque entre direitos fundamentais há decaimentos recíprocos, todavia, nesse processo, é defeso que o decaimento recaia sobre o núcleo do direito fundamental preterido, isso porque ele é a “parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.”²⁵⁹ Portanto, o mínimo existencial é uma ferramenta para impedir a desnaturação dos direitos sociais, os quais, ainda que admitam cessões e relativizações em seu exercício, não se compatibilizam com a anulação ou negação de sua fundamentalidade.

Ademais, é importante destacar que não é todo o conteúdo dos direitos sociais que compõem o mínimo existencial, mas apenas seu núcleo, o qual, como visto, consiste na parcela ôntica e irrenunciável do direito, sem a qual ele se descaracterizaria.

O mínimo existencial possui como uma de suas bases jusfilosóficas o princípio da liberdade, na medida em que sem um patamar mínimo de direitos materiais, como educação, alimentação e habitação, o exercício da liberdade estaria comprometido.²⁶⁰

²⁵⁸ BRASIL. STF. Segunda Turma. **ARE 761127**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 23/08/2011.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 402.

²⁶⁰ SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016, p. 1650-1652.

Tal argumento, liga-se como o fundamento das necessidades, que justifica a fundamentalidade dos direitos sociais, na medida em que eles operam como um complemento possibilitador do pleno exercício dos direitos de liberdade. Assim, por exemplo, a liberdade contratual trabalhista ficaria comprometida se o empregado for um analfabeto, ou pessoa sem instrução mínima, na medida em que não terá plena ciência nem ao menos dos termos do contrato ao qual está aderindo.

Além da liberdade, o princípio democrático é outro pilar do mínimo existencial, na medida em que esse possui um importante caráter instrumental, isto é, a potencialidade em propiciar a fruição de direitos fundamentais, com isso, viabilizando o funcionamento da democracia deliberativa, nos termos propostos na obra de Jürgen Habermas²⁶¹. Desse modo, vê-se que o caráter instrumental do mínimo existencial é um vetor material por meio do qual é possível a plena atuação dos indivíduos, enquanto cidadãos portadores de direitos sociais mínimos, na esfera pública.

No âmbito judicial, o principal emprego da técnica da garantia do mínimo existencial se dá em casos de confronto com o princípio da reserva do possível, o qual, segundo Sarlet e Figueiredo,²⁶² é composto por três dimensões: comprovada ausência de recursos; disponibilidade jurídica e razoabilidade da prestação pleiteada em juízo.

Em geral, predomina o entendimento segundo o qual a reserva do possível não é oponível em face do mínimo existencial, entendimento esse esposado pelos tribunais superiores do Brasil. Por exemplo, no julgamento do ARE 745745/MG,²⁶³ o STF reconheceu ser defeso ao Estado alegar ausência financeira (reserva do possível) como forma de se escusar a manter a rede de assistência à saúde infantil, entendendo que essa temática se insere na esfera do mínimo existencial. De forma semelhante, no julgamento do REsp 1607472/PE,²⁶⁴ o STJ entendeu que a acessibilidade em universidades públicas, indispensáveis ao atendimento de pessoas com

²⁶¹ SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016, p. 1653-1655.

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, p. 171-213. out./dez 2007, p. 189.

²⁶³ A íntegra da decisão pode ser consultada em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 22 jul. 2022.

²⁶⁴ A íntegra da decisão pode ser consultada em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201607472>. Acesso em: 22 jul. 2022.

deficiência, se enquadram como mínimo existencial. Portanto é defeso que o Estado alegue reserva do possível como forma de descumprir a efetivação deste direito fundamental.

Apesar do entendimento majoritário, esposado pelo STF e STJ, quanto à inoponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial, Sarmiento²⁶⁵ leciona que, excepcionalmente, a reserva do possível deverá preponderar sobre o mínimo existencial nos casos de comprovada ausência financeira e humana por parte do Estado, em razão da inafastável imposição da realidade da escassez. A viabilidade dessa situação, todavia, exige uma série de requisitos, a começar pela proibição de o Estado manter gastos supérfluos ou não fundamentais.

Desse modo, só seria legítimo acolher o argumento de reserva do possível levantado pelo Estado quando ele, cabalmente, comprovar a falta de recursos humanos e materiais para atender um direito pertencente ao mínimo existencial e demonstrar a impossibilidade de realocação de verbas para atender tal direito sem que, com isso, vulnere a prestação de outras prestações igualmente essenciais.

A lógica acima é fruto da razoabilidade, na medida em que, como decidido pela Corte Constitucional Alemã, em BVerfGE 33, 303, é defeso que o atendimento de uma prestação social individual comprometa as prestações sociais da comunidade, consideradas globalmente.

(...) equivaleria a um mal-entendido de liberdade, que deixaria de reconhecer que a liberdade pessoal não pode ser realizada a longo prazo sem ser independente da funcionalidade e equilíbrio do todo e que um senso subjetivo ilimitado de direito às custas do público em geral é incompatível com a ideia do estado de bem-estar.²⁶⁶

Cientes da finitude dos recursos públicos e do problema da escassez dela decorrente, Sarlet e Figueiredo²⁶⁷ apontam que uma possível ferramenta a ser empregada como vistas à efetivação dos direitos sociais em um patamar mínimo é o controle judicial do orçamento público. Desse modo, defendem aos autores, que seria papel do Judiciário atuar junto ao Executivo nas decisões quanto à alocação dos recursos públicos destinados ao custeio dos direitos sociais. Ademais, defendem os autores que tal prática não seria uma ingerência do

²⁶⁵ SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016, p. 1672-1674.

²⁶⁶ ALEMANHA. *BVerfGE 33, 303 – numerus clausus*. 1972. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 28 mai. 2022.

²⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, p. 171-213. out./dez 2007, p. 193-194.

Judiciário sobre o Executivo, mas apenas o cumprimento da garantia constitucional do mínimo existencial, a qual é dever de todos os Poderes da República.

Com efeito, faz-se necessário frisar que a participação judicial na alocação de recursos públicos só será legítima quando atrelada à garantia do mínimo existencial. Isso porque a autonomia administrativa não pode suplantiar a eficácia do núcleo dos direitos sociais,²⁶⁸ sobretudo em casos de manifesta abusividade orçamentária, como direcionamento de verba pública para gastos supérfluos, como publicidade e festejos públicos. Portanto, a motivação para atuação judicial será uma ilegalidade praticada pelo Executivo, na medida em que mesmo os atos discricionários, como é a execução orçamentária, sujeitam-se ao controle de legalidade judicial, a qual deve se balizar pelo princípio da razoabilidade.

Desse modo, por exemplo, vê-se como ilegal, por ferir a razoabilidade, que o prefeito de determinado município suspenda o fornecimento de merenda escolar na rede municipal de ensino, sob o argumento de carência financeira (reserva do possível) e ao mesmo tempo empregue vultosas somas de recursos públicos no custeio de *outdoors* com publicidade de sua gestão, ou mesmo para o financiamento de festas e eventos públicos. Assim, havendo uma ilegalidade, a atuação do Judiciário se mostra como acertada, uma vez que direcionada ao cumprimento da lei, não sendo, portanto, uma invasão sobre as atribuições do Executivo, o que, nesse caso, caracterizaria ativismo judicial.

Outro mecanismo interessante para garantia da eficácia dos direitos sociais é a criação de uma instância de justiça distributiva, a qual, segundo Ackerman,²⁶⁹ seria uma espécie de fundo público independente ao qual seria reservado uma porcentagem do erário, tendo por função o custeio de decisões sobre prestações positivas (efetivação de direitos sociais). Desse modo, a referida instituição funcionaria como uma espécie de promotora da justiça social, garantindo que parte do erário seja destinado ao custeio de prestações sociais mínimas.

Adaptando à realidade brasileira, a instituição distributiva proposta por Ackerman poderia funcionar como um fundo autônomo constituído por verbas públicas, constitucionalmente previstas, destinadas ao custeio de decisões judiciais sobre direitos sociais. Assim, como um dos maiores entraves à efetivação das decisões judiciais sobre direitos sociais

²⁶⁸ BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Constitucionalismo social: direitos sociais e o Supremo Tribunal Federal. **Revista FMU Direito**. São Paulo, ano 28, n. 41, p.94-107, ISSN: 2316-1515. 2014, p. 99.

²⁶⁹ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 110-111.

é a falta de recursos, a formação de um fundo especificamente para esse fim poderia dar maior racionalidade, previsibilidade e segurança à efetivação dos direitos sociais pela via judicial.

Outro instituto vocacionado à garantia da eficácia dos direitos sociais é a vedação ao retrocesso social, o qual, segundo Machado e Oliveira²⁷⁰ consiste na principal força de resistência contra o atual estágio de crise do Estado social, motivado pela globalização dos mercados e pelo neoliberalismo econômico, com vistas à preservação dos patamares de direitos sociais já consagrados.

O referido instituto trata de um princípio constitucional implícito, que pode ser extraído do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88), valor alicerçante da República brasileira, além do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF/88), além de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como o Pacto de San José da Costa Rica (art. 26) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 2º, § 1º).²⁷¹

Segundo Canotilho²⁷² o instituto da vedação ao retrocesso social, também denominado de proibição de contrarrevolução social ou da evolução reacionária, é pautado na ideia de que: uma vez obtido um certo estágio de eficácia de determinado direito social, tal marco evolutivo se torna uma garantia institucional e um direito subjetivo, servindo como um proibitivo de reversibilidade de direitos já adquiridos. Ademais, o referido princípio se revela ainda como um limite jurídico ao legislador, no sentido de ser vedada a edição de leis que tenham por objetivo vulnerar o patamar social já alcançado, ainda que em razão de um conflagrado cenário de recessões e crises econômicas.

A partir da lição do mestre português, vê-se que a vedação do retrocesso social é uma técnica de interpretação e aplicação dos direitos sociais, extraída da Constituição e de acordos internacionais, por meio da qual blinda-se o patamar de direitos sociais já alcançados, em razão de ameaças de toda ordem, motivadas pela ocorrência de crises econômicas, sociais ou políticas. Dito de outro modo, a vedação ao retrocesso social é uma espécie de barreira jurídica que tem

²⁷⁰ MACHADO, Luciana de Aboim; OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Vulnerabilidades agravadas pela pandemia de COVID-19 e a vedação ao retrocesso social. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, e-ISSN: 2525-9903, v. 7, n. 1, p. 42-60, jan/jul. 2021, p. 52.

²⁷¹ Ibidem, p. 52-53.

²⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339.

por vocação proteger os direitos sociais já conquistados das inevitáveis oscilações e crises político-econômicas a que o país está vulnerável. Assim, por meio dela, passam-se as crises, mas os direitos sociais devem permanecer no mesmo estágio de eficácia em que se encontravam antes da ocorrência das referidas crises.

Além da dignidade humana e da maximização dos direitos fundamentais, Machado e Oliveira²⁷³ defendem que o instituto em comento é também uma decorrência da segurança jurídica e do compromisso democrático do Estado de Direito, na medida em que não é possível falar em democracia sem que haja a garantia da segurança jurídica e social, afinal, são essas garantias que possibilitam aos indivíduos, e a sociedade em geral, os meios necessários pela busca da felicidade, em razão do caráter instrumental dos direitos sociais. Desse modo, a vulneração dos direitos sociais implica na fragilização de toda a estrutura dos direitos fundamentais, inclusive nos direitos clássicos de primeira geração.

Com efeito, até por sua expressão principiológica, o instituto da vedação ao retrocesso social não pode ser enquadrado como um valor absoluto. Afinal, como destaca Tonnera Junior:

Ao não se admitir, em nenhuma hipótese, qualquer redução dos níveis de socialidade sob o único fundamento da proibição do retrocesso social, atribui-se um caráter absoluto a um suposto princípio, o que é plenamente contrário à teoria dos direitos fundamentais.²⁷⁴

Ademais, destaca-se que as exceções suportadas pela vedação ao retrocesso social só são admissíveis, caso elas não comprometam o núcleo dos direitos sociais. Afinal esse último é um desdobramento do supraprincípio da dignidade humana. Assim, retroceder sobre o núcleo de uma garantia fundamental implicaria em atacar o mínimo existencial e a própria dignidade humana. Nesse sentido, é a lição de Sarlet:

Que tal núcleo encontra-se em geral, diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações indispensáveis para uma vida com dignidade, constitui uma das teses aqui sustentadas, ainda que sem qualquer pretensão de originalidade. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz

²⁷³ MACHADO, Luciana de Aboim; OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Vulnerabilidades agravadas pela pandemia de COVID-19 e a vedação ao retrocesso social. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, e-ISSN: 2525-9903, v. 7, n. 1, p. 42-60, jan/jul. 2021, p. 53-54.

²⁷⁴ TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos judiciais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015. p. 39.

jurídico-material tanto para definição existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.²⁷⁵

Ademais, nota-se que a concepção de segurança vinculada à vedação ao retrocesso social é mais ampla do que visão clássica de liberdade jurídica liberal, na medida em que está atrelada não só a uma expectativa de direito adquirido, mas às condições materiais para o exercício de uma vida digna e para possibilitação do exercício de outros direitos fundamentais.

Vedação ao retrocesso social, contudo, não é sinônimo de fossilização da legislação social infraconstitucional, mas apenas a concepção segundo a qual são inconstitucionais quaisquer medidas estatais que acarretem, direta ou indiretamente, na supressão ou desmantelamento do núcleo essencial dos direitos sociais, ou ainda que a mudança legislativa proposta não seja acompanhada de uma alternativa compensatória. Assim, segundo a referida técnica, é possível que sejam feitas alterações no campo dos direitos sociais, desde que elas não suprimam garantias já alcançadas, ou que ao menos apresentem mecanismos compensatórios que justifiquem as alterações promovidas.

Com efeito, Canotilho²⁷⁶ pontua que o retrocesso ao qual diz respeito o instituto ora analisado não se trata de um retrocesso em sentido ideológico, ou mesmo na garantia de um abstrato *status quo* social. Ele apenas diz respeito à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Assim, segundo o doutrinador português, a liberdade legislativa encontra na vedação ao retrocesso social um limite intransponível, sobretudo quando se disser respeito à garantia do núcleo componente do mínimo existencial.

Na mesma esteira é a advertência feita por Machado e Oliveira²⁷⁷ de que o intuito da proibição do retrocesso social não é engessar a esfera do debate democrático ou de participação cidadã, notadamente pela via legislativa, expressão por excelência da Democracia. Em verdade, o referido instituto tem por escopo garantir com segurança (em sentido jurídico e social) a manutenção de condições materiais básicas que permitam que a participação democrática não

²⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 452.

²⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 340.

²⁷⁷ MACHADO, Luciana de Aboim; OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Vulnerabilidades agravadas pela pandemia de COVID-19 e a vedação ao retrocesso social. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, e-ISSN: 2525-9903, v. 7, n. 1, p. 42-60, jan/jul. 2021, p. 56.

seja uma exclusividade para poucos abastados, ou ainda uma refém de eventuais maiorias parlamentares, ou mesmo uma vítima das crises sucessivas do Estado e da Economia.

Outro ponto de fulcral importância na compreensão da vedação ao retrocesso social é a garantia da sustentabilidade. O exercício dos direitos sociais não pode se pautar numa abstrata noção de fundamentalidade, dissociada dos seus custos e impactos, tanto econômicos quanto geracionais. Assim, é incompatível com a preservação intergeracional do Estado social a perpetuação de uma intransigência utópica quanto a padrões de direitos, ou mesmo qualificar toda adaptação social como retrocesso social. Por exemplo, a elevação no tempo de contribuição ou na idade para obtenção de aposentadoria. Caso se adote uma visão radical e intransigente, pode-se entender que isso configura uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso social, por impor mais limitações à obtenção de um direito social. Do mesmo modo, a cobrança de taxa por instituições de ensino público superior, ainda que inferiores ao valor médio das mensalidades de instituições privadas, poderia ser tomada como retrocesso ao direito à educação. Visão essa que se mostra equivocada.

De igual modo, a sustentabilidade deve levar em conta o pacto intergeracional. Isto é, o exercício dos direitos sociais pelas gerações presentes não pode ignorar a fruição a que terão direito as gerações futuras. Daí a necessidade do fator atuarial na formulação de políticas públicas de longo prazo.²⁷⁸ Afinal, os custos e impactos do exercício dos direitos sociais, sob pena de violação do princípio da igualdade, não pode olhar somente para as gerações que já usufruem de prestações sociais. Eles obrigatoriamente devem levar em consideração a adoção de meios que possibilitem a preservação do sistema social com vistas a garantir sua fruição pelas próximas gerações.

O custo dos direitos, base da sustentabilidade, não é uma ideologia neoliberal, ou um flanco político de ataque contra os direitos sociais. Na verdade, a preocupação dispensada a ele é um pressuposto para sobrevivência do Estado social, na medida em que os recursos públicos são finitos e as decisões estatais impactam igualmente na finitude dos recursos privados. Desse modo, a preocupação com os custos e impactos públicos e privados dos direitos sociais é uma

²⁷⁸ FERRER, Jorge Garcés; RIGLA, Francisco José Rodenás. Teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración. *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, n. 01, 2012, p. 51.

forma de preservação dos referidos direitos, na medida em conectam o seu exercício com a realidade, muitas vezes preterida em favor de uma utópica visão idealizada dos direitos.

Nesse sentido é a lapidar lição de Pierdoná, Francisco e Freire Neto:

Desse modo, nessa realidade de crise do Estado, muitas discussões sobre a efetivação de programas sociais são levadas ao Poder Judiciário, no qual podem se deparar com a utopia principiologista da irrestrita afirmação dos direitos fundamentais, olvidando que esta máxima concretude deve ser pautada pela equilibrada repartição das rendas, sob pena dos direitos (custos) serem arbitrariamente distribuídos entre os jurisdicionados. Os direitos sociais devem ser compreendidos e conformados com a preservação geral do sistema (especialmente sua sustentabilidade), com proporcional entrega de prestações estatais, por meio de formulação da política pública por Poder constituído em base democrática, razão pela qual há que se preservar as competências constitucionais dos poderes públicos.²⁷⁹

Com efeito, a sustentabilidade social deve ser aplicada em conjunto com a noção de mínimo existencial. Dito de outro modo, a sustentabilidade social propõe que os direitos sociais devem ser concretizados a partir de uma ótica dinâmica, a qual admite que, em razão de imperativos fáticos, sejam dados alguns passos para trás quanto aos níveis sociais já alcançados, desde que isso não comprometa o núcleo inviolável atrelado aos princípios da dignidade humana, proporcionalidade e igualdade material.²⁸⁰

Não raro, as discussões em torno da efetivação dos direitos sociais e dos institutos garantidores de sua eficácia, como a vedação ao retrocesso social, são travadas numa esfera demasiado abstrata e idealista, desconsiderando a realidade financeira, política e social do país, ou ainda, contaminada por chavões como “desmonte neoliberal” ou “ganância patronal capitalista”. Esse tipo de prática em nada contribui para a garantia dos direitos sociais, uma vez que se traduz como manifestação político-ideológica, e não como uma séria discussão jurídica.

Desse modo, é necessário abandonar a visão caricatural de que a adaptação do exercício dos direitos sociais à realidade econômica do país configura uma ameaça de regresso ao regime social das minas de carvão do século XVIII. Afinal, se a visão liberal absenteísta do constitucionalismo clássico se mostra anacrônica para os dias atuais, igualmente é preciso ter em mente que não se está na República de Weimar de 1919. Assim, revela-se incompreensível,

²⁷⁹ PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; FREIRE NETO, Lourenço de Miranda. Direitos sociais em tempos de crise: vedação ao retrocesso judicial e moderação judicial. **Revista Justiça e Direito**. v. 34, n. 1, p. 57-75, Jan./Abr. 2020. p. 67.

²⁸⁰ TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos judiciais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015. p. 43.

em razão de mais de um século de transformações tecnológicas, econômicas, sociais e humanas, manter a mesma perspectiva de direitos sociais do início do século passado. Afinal, não foi dada ao Direito a prerrogativa de ignorar a realidade.

Isso, contudo, não significa que seja dado ao Legislativo e ao Executivo uma “carta branca” para promoverem quaisquer alterações no sistema de proteção social. Pelo contrário, a manutenção do Estado de Direito exige a inafastabilidade do Judiciário no controle de legalidade e constitucionalidade de todos os atos estatais. Daí a importância do emprego dos institutos da vedação ao retrocesso social e do mínimo existencial que, para terem um emprego correto, devem se pautar na missão de coibir abusos e ilegalidades por parte dos Poderes eleitos, com vistas à preservação de um patamar razoável de direitos sociais, do qual a sustentabilidade é um pilar inafastável.

3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

No primeiro capítulo foi demonstrado como a atuação judicial foi impactada por alguns dos mais importantes marcos teóricos contemporâneos da aplicação e compreensão do Direito, com destaque para o neoconstitucionalismo, o pós-positivismo e a nova leitura da teoria da separação dos poderes. Já no segundo capítulo foram abordadas as transformações judiciais provenientes da juridicização dos direitos sociais, tanto no plano constitucional interno, quanto no âmbito dos tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário. No presente capítulo, será abordada a relação entre os fenômenos analisados nos capítulos anteriores, notadamente por meio da judicialização dos direitos sociais e dos equívocos dela decorrentes, dos quais o ativismo judicial é a principal expressão.

3.1 A distinção entre ativismo judicial e judicialização da política

A judicialização da política, aqui incluída a judicialização dos direitos sociais, é um fenômeno contemporâneo, fruto da alteração no perfil de atuação do Poder Judiciário, o que,

como visto, é em grande parte decorrente do novo constitucionalismo inaugurado no Brasil em 1988. Esse fenômeno tem na inafastabilidade do Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88) um de seus principais pilares jurídicos, na medida em que a leitura constitucional pós-1988 atribuída ao referido instituto é no sentido de que a lesão ou ameaça a direito referida no art. 5º, XXXV da Constituição deve ser lida em sentido amplo, abarcando toda e qualquer ação ou omissão, inclusive aquelas provenientes da esfera política, notadamente dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, vê-se que a judicialização da política é uma decorrência do regime de inafastabilidade judicial constitucionalmente previsto.

O Direito e a Política possuem uma íntima ligação, apesar de não se confundirem. Desde os primórdios do constitucionalismo, o Direito, especialmente o direito constitucional, foi encarado como um instrumento de regulação e contenção do poder político, ou ainda, como aponta Tassinari, “o constitucionalismo pode ser definido com uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições.”²⁸¹

A conexão entre o direito constitucional e a Política não passou despercebida por Friedrich Müller, um dos principais nomes do pós-positivismo, o qual afirma que “direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o decisionismo”.²⁸² Ora, o direito constitucional é o direito político por excelência, na medida em que é reflexo direto da juridicização das escolhas políticas fundamentais. Todavia, enquanto a Política está no domínio da Discricionariedade, o Direito está na esfera da legalidade, uma vez que, como visto, o agir discricionário (decisionismo) é incompatível com a visão de Direito pós-positivista.

Ademais, da supracitada citação do doutrinador alemão, pode-se extrair duas lições: admitir o elo entre Direito e Política não implica aderir ao decisionismo; e para se condenar o decisionismo judicial não é preciso negar o elo entre Direito e Política. Assim, ambos os postulados podem ser resumidos no entendimento de que há ligações entre o Direito e a Política,

²⁸¹ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012, p. 18.

²⁸² MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. et al. (Orgs.) **Teorias da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 11.

todavia a juridicização da política decorrente dessas ligações não é causa para o decisionismo, materializado por meio do ativismo judicial.²⁸³

Na doutrina pátria, Barroso,²⁸⁴ um dos mais proeminentes nomes do neoconstitucionalismo, aponta existir uma relação de ambiguidade entre Direito e Política. Na medida em que o Direito pode ou não ser tomado como Política. De início, o autor aponta que Direito não é Política, e que essa equiparação somente pode ser encarada como uma visão distorcida do mundo e das instituições, na medida em que ela implicaria em submeter a noção do que é justo e correto (Direito) à vontade dos detentores do poder (Política). Do mesmo modo, o autor indica que o Direito não é Política no sentido de tolerar escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas, apontando ainda que o facciosismo é inimigo do constitucionalismo. Todavia, o mesmo doutrinador indica que o Direito é Política em três sentidos:

(i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e das leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.²⁸⁵

Com efeito, não apenas é ambígua a relação entre Direito e Política apontada por Barroso, mas a sua própria posição a respeito do tema. Afinal, como pode uma coisa ser e não ser ao mesmo tempo? O autor aponta que Direito não é Política, pois a noção do justo e do correto não pode estar sujeita a poderes discricionários, todavia, ao mesmo tempo, alega que a aplicação do Direito não pode estar dissociada da realidade política e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos. Ora, o que é julgar a partir de supostos sentimentos dos cidadãos senão o reconhecimento da parcialidade e da politização do julgador? A essência do Judiciário é ser um Poder independente de supostos clamores populares, daí a justificação do seu poder contramajoritário. Destarte, admitir que é dada ao juiz a liberdade de julgar segundo expectativas sociais e políticas significa subverter a essência da legítima judicialização da política, transformando-a em politização da justiça, ou seja, em ativismo judicial.

²⁸³ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012, p. 18.

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 19.

²⁸⁵ Ibidem, p. 19.

Além de na relação entre Direito e Política, a ambiguidade também é perceptível na obra de Barroso no que toca à judicialização da política e ativismo judicial. O autor atrela à judicialização da política a três fatores: redemocratização, constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade híbrido adotado no Brasil. De outra banda, ele aponta que o ativismo judicial seria um “primo” da judicialização da política, caracterizando-se por um modo proativo e específico de interpretar a Constituição, por meio do qual há a expansão do seu sentido e alcance.²⁸⁶

Por derradeiro, sustenta o autor que a postura ativista se caracteriza pelas seguintes condutas:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²⁸⁷

Apesar da pretensão em construir uma diferenciação entre os institutos do ativismo judicial e da judicialização da política, os argumentos traçados por Barroso não permitem chegar a um resultado diferenciador satisfatório, na medida em que, basicamente, seus apontamentos se limitam a traçar as origens dos dois institutos, e não se debruçam sobre suas particularidades.

Ademais, ao qualificar ativismo e judicialização como “primos”, o autor dá a entender que os dois institutos possuem uma base comum. Todavia essa não parece uma afirmação feliz, na medida em que as similaridades entre ambos se encerram no material de trabalho: a Política. De resto, os institutos não têm similaridade, na medida em que o ativismo consiste numa degeneração inconstitucional da judicialização da política. Assim, tratá-los como “primos”, apenas com origens diferentes, consiste numa forma inapropriada de enxergar os institutos em comento.

De outra banda, os argumentos caracterizadores do ativismo judicial apontados pelo autor são igualmente problemáticos, na medida em que, na prática, traduzem a atuação exigida de qualquer juiz. Isso porque aplicar a Constituição, afastar a incidência de normas inconstitucionais ou determinar ações ou abstenções, com fundamento em lei ou na

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 12-14.

²⁸⁷ Ibidem, p. 14.

Constituição, não são, em absoluto, atitudes ativistas. Pelo contrário, são o reflexo do agir constitucional exigido dos juízes.

Aplicar a Constituição não é uma faculdade, mas um dever indeclinável do juiz. O mesmo se diga sobre afastar a incidência de uma lei inconstitucional, isso porque ao aplicar tal legislação maculada estaria o juiz subvertendo a hierarquia normativa, colocando uma lei acima da Constituição, ou ainda, interpretando a Constituição a partir da lei, e não o contrário. O mesmo raciocínio se aplica na decretação de imposições em matéria de políticas públicas, na medida em que todo ato da Administração se sujeita ao controle de legalidade do Judiciário, seja ele vinculado ou discricionário. Afinal, como leciona Silva Neto:

Não resta mais dúvida no sistema da ciência do direito quanto à sindicabilidade dos atos de governo, ou controle judicial de políticas públicas, em qualquer domínio cuja política implementada esteja com o sinal contrário às injunções firmadas em nível constitucional.²⁸⁸

Assim como Barroso, Tassinari²⁸⁹ entende que o recente fenômeno da judicialização da política é fruto das transformações no Direito pátrio promovidas pela Constituição de 1988 e pela transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, com o consequente deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. Assim, sustenta a autora que a onda renovadora surgida após a Segunda Guerra Mundial, caracterizada pelo reconhecimento e legitimação dos direitos humanos, somada à crescente influência do direito americano e europeu no Brasil, foram determinantes para o processo de maior participação do Estado na sociedade pela via judicial, em grande parte motivada pela inércia dos demais Poderes. Todavia, sustenta a autora que esses fatores preponderantes para a judicialização não podem ser confundidos com o fenômeno do ativismo judicial.

De outra banda, Silva Neto²⁹⁰ destaca que a judicialização de políticas públicas, outrora restrita ao campo da Política, é fruto da ampliação do alcance do princípio da inafastabilidade do Judiciário, promovida pela Constituição de 1988. Sua antecessora, a Constituição de 1969,²⁹¹

²⁸⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, a. 7, n. 27, p. 243-267, abr./jun, 2008. p. 244.

²⁸⁹ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012, p. 20-21.

²⁹⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e, *op. cit.*, p. 248-249.

²⁹¹ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

previa a inafastabilidade judicial como um direito fundamental, todavia reduzia sua incidência aos direitos individuais.

O art. 5º, XXXV, da CF/88 aboliu formalmente a limitação da judiciabilidade apenas para os direitos individuais, com isso alargando as matérias passíveis de controle judicial, notadamente aquelas relativas a direitos e interesses transindividuais, que são aqueles que ultrapassam a órbita individual, podendo serem difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Silva Neto²⁹² pontua que o principal reflexo da alteração do parâmetro constitucional do princípio da inafastabilidade judicial nos direitos transindividuais foi o fato de que a implementação de políticas deixou de ser matéria exclusiva do mundo político, ingressando definitivamente no campo das decisões judiciais. Isso porque, como visto, antes da CF/88, a inafastabilidade judicial se limitava ao campo dos direitos individuais, todavia com o alargamento promovida pela novel Constituição, todo e qualquer direito passou a se sujeitar ao crivo do Judiciário, inclusive aqueles tradicionalmente ligados ao mundo político, como saúde e educação públicas.

Logo, a discussão judicial de políticas públicas por meio de ações judiciais pode ser creditada ao novo paradigma constitucional, o qual possibilitou a revisão judicial de qualquer interesse, seja ele individual ou transindividual, e ao princípio da democracia participativa, o qual autoriza a apreciação judicial dos interesses sociais relevantes. Ademais, a referida apreciação é imprescindível na promoção do contraste entre a atuação administrativa e a efetivação do texto constitucional, notadamente dos seus princípios programáticos. Nesses termos, vê-se que negar a viabilidade do controle judicial de políticas públicas, sobretudo aquelas que versem sobre direitos transindividuais, implicaria numa afronta à própria ideia de constituição, na medida em que lhe negaria o cumprimento de sua vontade.²⁹³

Sob outro prisma, Santos²⁹⁴ defende que outra diferença entre o ativismo judicial e a judicialização da política é a forma como ambos se situam diante da questão de vontade, nos termos propostos por Hans Kelsen de sentença como ato de vontade. Segundo o autor, o ativismo é fruto da escolha subjetiva do juiz, do seu desejo, consistindo numa ideologia marcada

²⁹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, a. 7, n. 27, p. 243-267, abr./jun, 2008. p. 248.

²⁹³ Ibidem, p. 249.

²⁹⁴ SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 89.

pela predação do Direito pela moral. De outra banda, a judicialização da política não pode ser enquadrada como um ato de vontade, pelo contrário, ela é um fenômeno inevitável e, até salutar. Como visto, tal inevitabilidade decorre do próprio regime de inafastabilidade judicial. Assim, “a judicialização não é escolhida, nem promovida pelo juiz, mas é produto da alteração do texto constitucional ou legal que amplia a competência dos órgãos judiciais.”²⁹⁵

Ademais, Santos²⁹⁶ arremata que o ativismo judicial pode existir sem judicialização da política. Do mesmo modo, essa pode ocorrer sem que se verifique o ativismo, desde que adstrita à Constituição. Por fim, os dois fenômenos podem coexistir numa mesma ordem jurídica. Logo, vê-se que há uma plena independência entre os dois institutos em análise, sendo indevido equipará-los, ou ainda vincular a ocorrência de ambos.

Apesar da diferenciação quanto ao aspecto da questão de vontade, Santos²⁹⁷ pontua que o crescimento do ativismo e da judicialização da política é resultante da crença de que o juiz seria uma espécie de apóstata da política. Essa crença seria fruto da onda de descontentamento com as forças políticas do Legislativo e do Executivo, acentuadamente revestidas de desconfiança pela população. De outro lado, a imagem popular construída acerca do Judiciário é a de um poder técnico, neutro e imparcial. Em razão disso, a confiança no Judiciário, motivada por seus supostos atributos, somada ao descrédito e, até mesmo, uma certa aversão popular ao mundo político, seriam as responsáveis pelo protagonismo judicial na atual quadra histórica.

Desse modo, vê-se que a expansão judicial é fruto tanto de fatores jurídicos, como a ampliação das matérias abarcadas pelo princípio da inafastabilidade judicial, quanto de fatores extrajurídicos, sobretudo políticos, como o crescente descrédito da classe política e a perda de confiança e apoio popular dela decorrente.

A partir dos apontamentos apresentados, percebe-se que apesar de, não raro, serem confundidos ou atrelados, a judicialização da política e o ativismo judicial não se confundem. Enquanto a primeira é o reflexo da correta atuação constitucional do Judiciário em áreas tradicionalmente submetidas apenas ao crivo da Política, legitimada no princípio da

²⁹⁵ 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. p. 829.

²⁹⁶ SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 90.

²⁹⁷ Ibidem, p. 90.

inafastabilidade judicial, o segundo é uma degeneração ideológica, fruto do voluntarismo judicial e da predação do Direito pela moral, sendo, portanto, uma prática ilegítima e inconstitucional.

3.2 A judicialização dos direitos sociais

A judicialização dos direitos sociais está inserida num fenômeno mais amplo, a judicialização da política, a qual é resultante tanto de fatores jurídicos, como a extensão das matérias suscetíveis de apreciação judicial, quanto de fatores metajurídicos, como o exercício da cidadania, entendida como a plena participação popular nos rumos do Estado e da sociedade, para além do aspecto meramente eleitoral.

Com efeito, Abboud²⁹⁸ destaca que o fenômeno da judicialização da política no Brasil é também resultado de sua frágil cultura democrática, o que empurra o Judiciário para um papel de protagonista institucional, responsável tanto pela garantia e concretização de direitos fundamentais, como saúde e educação, quanto pela construção de uma instância revisora e fiscalizadora das regras de transmissão do poder.

Na mesma esteira, Abramovich²⁹⁹ aponta que a crescente judicialização de matérias atreladas a direitos sociais foi motivada por questões políticas, as quais são decorrência da debilidade das instituições representativas e da deterioração dos espaços tradicionais de mediação social e política. Assim, diante da debilidade e omissão das vias tradicionais da política representativa, o papel de concretização dos direitos sociais foi deslocado para a esfera dos tribunais.

A judicialização da política em democracias frágeis não é um fenômeno, *a priori*, positivo ou negativo. Isso porque dela pode ser desenvolvida tanto uma judicialização consciente, direcionada ao respeito e ao cumprimento dos direitos fundamentais, quanto uma postura revanchista, a qual enxerga o Judiciário como um instrumento institucional para

²⁹⁸ ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1529.

²⁹⁹ ABRAMOVICH, Víctor. Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, a. 2, n. 2, 2005, p. 212.

reversão de derrotas políticas sofridas no parlamento. Daí a importância da garantia da autonomia do Poder Judiciário, enquanto instituição independente dos sentimentos majoritários, seja no campo político, seja no econômico, ou mesmo no popular.³⁰⁰

Quanto exercida de forma adequada, isto é, dentro das balizas constitucionais, a judicialização dos direitos sociais, e a judicialização da política em geral, é um fenômeno normal e, em muitos casos, até salutar para garantia e concretização dos direitos fundamentais. Assim, é preciso reconhecer que a judicialização é um instrumento legítimo na missão de efetivação dos direitos sociais, sendo equivocado tratá-la, de forma indiscriminada, como uma invasão do Judiciário nas esferas legislativa e executiva.

Ademais, considerar uma prestação social, como saúde, educação e trabalho, como direito só é possível caso o seu titular/destinatário disponha dos meios necessários para exigí-la perante um juiz ou tribunal,³⁰¹ o qual, por sua vez, deve ter a prerrogativa de obrigar aqueles constitucionalmente responsáveis por sua prestação a darem cumprimento à obrigação. Afinal, de nada adiantaria os textos legais preverem um extenso cânone de direitos sociais se eles não fossem judicialmente exigíveis, relegando o seu cumprimento à mera discricionariedade administrativa. Disso se extrai o atributo da justiciabilidade dos direitos sociais, o qual pode ser compreendido como:

(...) O reconhecimento de um direito pelos tribunais enquanto apto a ser analisado em seu mérito, ou seja, a justiciabilidade se verifica quando o direito se encontra passível de reclamação perante uma corte de justiça. Nesse sentido, um direito é justiciável quando logra atravessar o filtro da admissibilidade e passa a ser admitido para julgamento.³⁰²

Na mesma direção é a lição de Holmes e Sustain,³⁰³ no sentido de que não há que se falar em direito sem que haja o remédio jurídico correspondente. Ou seja, os indivíduos só gozam de direitos, juridicamente falando, quando as injustiças (violações a seus direitos) das quais eles foram vítimas possam ser objeto de reparação pelo Estado, de forma justa e

³⁰⁰ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1529.

³⁰¹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 30-31.

³⁰² AZEVEDO NETO, Planton Teixeira. **A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça**: em busca da proteção efetiva do sujeito trabalhador na contemporaneidade. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016, p. 17.

³⁰³ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass, *op. cit.*, p. 137.

previsível. Assim, segundo os autores, direito implica em coerção e mecanismos de reação por parte do Estado, que os exerce por meio dos tribunais.

Abramovich³⁰⁴ leciona que a legitimidade da intervenção judicial no campo das políticas públicas sobre direitos sociais está condicionada à observância das normas legais. Assim, no julgamento dos casos concretos, a regra de julgamento empregada pelos juízes em suas decisões não pode estar dissociada de uma norma constitucional ou legal que lhe dê guarida, seja ela expressa na forma de regra ou de princípio. Isso porque não tem o Judiciário o poder de criar políticas públicas, cabendo a ele, na verdade, o importante papel de regulação e fiscalização das políticas amparadas em uma base normativa, todavia carentes de execução pelas autoridades competentes.

Ademais, quando a Constituição ou as leis estabelecerem diretrizes para a execução de políticas públicas, as quais sejam imprescindíveis para o exercício de direitos sociais, e as autoridades competentes não derem cumprimento às previsões normativas, caberá ao Judiciário, num primeiro momento, acionar as autoridades omissas, compelindo-as a tomarem as medidas cabíveis. Excepcionalmente, quando se estiver diante de uma violação de grande magnitude, ou ainda da completa falta de colaboração dos Poderes políticos na elaboração de uma política pública para dar cumprimento à execução de um direito social legal/constitucionalmente previsto, Abramovich defende ser legítimo que o Judiciário tome medidas proativas, determinando ele próprio a adoção das medidas que entender cabíveis, segundo seu critério, para a satisfação do direito social pretendido em juízo.³⁰⁵

Desse modo, observa-se que, segundo o ensinamento do doutrinador argentino supramencionado, a atuação do Poder Judiciário no bojo das políticas públicas sobre direitos sociais deve se dar de forma complementar e subsidiária, enquanto instância reguladora e fiscalizadora, exigindo que a medida judicializada tenha amparo legal, além de lhe ser vedado decidir para além do normativamente previsto, uma vez que não cabe ao juiz substituir os representantes democraticamente eleitos. Todavia, essa limitação deve ser enxergada de forma cautelosa. Isso porque, excepcionalmente, quando se estiver diante uma flagrante omissão das autoridades responsáveis pela elaboração de determinada política pública social, admite

³⁰⁴ ABRAMOVICH, Víctor. Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, a. 2, n. 2, 2005, p. 213.

³⁰⁵ Ibidem, p. 213.

Abramovich que pode o juiz diretamente criar as balizas para instituição de determinada política pública e exigir o seu cumprimento pelas autoridades cabíveis.

Desse modo, vê-se que a visão do autor argentino adota uma posição de subsidiariedade do Judiciário em matéria de direitos sociais, na medida em que só seria legítimo que ele elaborasse diretamente uma política pública quando esgotadas as tentativas de diálogo institucional com o órgão responsável por sua execução e dessa omissão resultar uma grave violação de direitos sociais.

Com efeito, é igualmente salutar a advertência feita por Abramovich³⁰⁶ no sentido de que só é possível falar numa legítima intervenção direta do Poder Judiciário na elaboração de uma política social diante das particularidades do caso concreto. Assim, em abstrato, não é possível determinar a partir de quando uma omissão legislativa ou executiva pode ser considerada sensivelmente grave, ou mesmo qual prestação social possui o condão, *per si*, de autorizar que o juiz fixe ele próprio uma política pública social a ser executada por quem ele entender de direito.

É justamente em razão dessa imprecisão que reside o perigo do ativismo judicial, isso porque, como o próprio Abramovich admite, não existe uma fórmula científica que permita ao magistrado cravar com certeza quando uma atuação direta do Judiciário na elaboração de determinada política pública será legítima. Essa inevitável zona de imprecisão, como visto, é uma fatalidade do Direito, notadamente em matéria de direitos fundamentais, essencialmente principiológicos. Daí a importância do desenvolvimento de fundamentações bem elaboradas por parte dos julgadores, especialmente a partir da observância da jurisprudência firmada pelos tribunais superiores em matéria de judicialização de direitos sociais. Afinal, as inevitáveis lacunas do sistema jurídico não legitimam a discricionariedade judicial, nem autorizam a superação dos limites constitucionais impostos pela separação dos poderes.

Com efeito, Cerqueira³⁰⁷ aponta que a justiciabilidade dos direitos sociais não está limitada ao âmbito interno, na medida em que sendo os direitos sociais uma espécie de direitos humanos, a sua tutela judicial é igualmente cabível na esfera internacional, seja no plano global,

³⁰⁶ ABRAMOVICH, Víctor. Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, a. 2, n. 2, 2005, p. 213.

³⁰⁷ CERQUEIRA, Débora Mendonça de. **A perspectiva social dos direitos humanos e o papel da corte interamericana: uma análise do caso Lagos del Campo vs. Peru**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe. Aracaju, 2019, p. 70-71.

seja no regional. Assim, quando sob o plano interno falhar o Estado em seu dever de preservação e garantia dos direitos sociais, abre-se espaço para a judicialização da matéria nas cortes internacionais, como forma de garantir a sua efetivação.

Nessa toada, Carvalho aponta que:

As garantias dos direitos humanos sociais não se esgotam no plano interno do Estado, senão que transcendem ao plano internacional ou supranacional mediante distintas instituições e mecanismos. Para isso existem o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (PIDESC) e seu órgão de monitoramento, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (CDESC). Ademais, no plano latino-americano destaca-se o sistema interamericano integrado pela Convenção Americana de Direitos humanos que contempla a proteção de direitos sociais em seu artigo 26 e o Protocolo de San Salvador que assegura e protege especificamente os direitos sociais, econômicos e culturais ao estabelecer um mecanismo de petições ou queixas individuais perante o sistema interamericano de proteção de direitos – a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – de acordo com o disposto no art. 19.6 do Protocolo de San Salvador.³⁰⁸

No âmbito do Sistema Regional Americano de Direitos Humanos, do qual faz parte o Brasil, a justiciabilidade dos direitos sociais pode ocorrer de forma direta ou indireta. O primeiro caso se dá com a possibilidade de se acionar a Corte ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pleiteando a responsabilidade internacional do país signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos em razão da violação de determinado direito social. Já a forma indireta de justiciabilidade pode se dar a partir de três técnicas: 1) interpretação ampliativa de direitos civis e políticos, de modo abarcar a tutela dos direitos sociais, a partir de uma leitura da indivisibilidade dos direitos humanos; 2) coibição à violação à igualdade, verificada em casos em que discriminações impliquem na restrição do gozo de direitos sociais e; 3) coibição à violação ao acesso à justiça e às garantias judiciais quando disso resultar, reflexamente, privação de direitos sociais.³⁰⁹

Apesar dos múltiplos caminhos e técnicas para o seu desenvolvimento, tanto no plano nacional, quanto no internacional, a justiciabilidade dos direitos sociais encontra uma série de obstáculos. Segundo Abramovich e Courtis,³¹⁰ os quatro principais são: 1) a falta de

³⁰⁸ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2012, p. 85.

³⁰⁹ CERQUEIRA, Débora Mendonça de. **A perspectiva social dos direitos humanos e o papel da corte interamericana**: uma análise do caso Lagos del Campo vs. Peru. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe. Aracaju, 2019, p. 73-77.

³¹⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Editores). **La protección judicial de los derechos sociales**. 1. ed. Quito: Editora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 03.

especificação concreta dos direitos sociais; 2) a autorrestrição do Poder Judiciário frente a questões políticas e técnicas; 3) a inadequação dos mecanismos processuais tradicionais para a tutela dos direitos sociais e; 4) a escassa tradição de controle judicial em matéria de direitos sociais.

O primeiro obstáculo supramencionado diz respeito à baixa normatividade dos direitos sociais. Isso porque, geralmente, as legislações que preveem direitos sociais, como saúde, educação ou moradia, não trazem um maior detalhamento de como esses direitos devem ser gozados, limitando-se a apontá-los nominalmente. É o que pode ser extraído, por exemplo, do art. 6º da CF/88.

Entretanto, tal generalidade normativa não é exclusiva dos direitos sociais, na medida em que em outros catálogos de direitos fundamentais, como os civis e políticos, também é possível identificar um certo grau de indeterminação. Por exemplo, no direito de propriedade, previsto no art. 5º, XXII, da CF/88, não há uma conceituação do que venha a ser propriedade ou de como tal direito deve ser exercido. Todavia, não há dúvidas de que tal particularidade seja um óbice para o exercício do direito fundamental de propriedade, ou mesmo que seja um obstáculo para a sua justiciabilidade.

Aliás, Abramovich e Courtis³¹¹ destacam que a generalidade normativa, especialmente em textos constitucionais e tratados internacionais, é uma constante em matéria de direitos fundamentais, independente da sua geração. Sendo tal atributo até positivo, na medida em que conferem mais flexibilidade e adaptabilidade quando da execução de tais direitos. Desse modo, evidencia-se que a acentuada indeterminação dos direitos sociais não pode servir de subterfúgio para negar a sua exigibilidade judicial.

Quanto ao segundo obstáculo, destaca-se que a atuação judicial em matéria de direitos sociais é uma decorrência da própria inafastabilidade da jurisdição, não podendo ser confundida como uma espécie de substituição ou sobreposição do campo judiciário sobre o político. Para tanto, faz-se necessário que tal atuação seja exercida dentro dos limites constitucionais, em razão do imperativo da separação dos poderes. Afinal, a atuação jurisdicional, para ser legítima, deve encontrar guarida no texto legal, não podendo o juiz, diretamente, criar uma política social,

³¹¹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Editores). **La protección judicial de los derechos sociales**. 1. ed. Quito: Editora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 20.

ou ainda ignorar uma já elaborada pelo poder público e impor uma nova que ele entenda ser mais acertada.

Ademais, Abramovich e Courtis³¹² destacam que não existe uma fronteira clara entre o que seja o campo da técnica e da política e o legal. Assim, vê-se que o conceito de legalidade em matéria de direitos sociais é demasiado fluido, em grande parte derivado da sua característica de abstração. Desse modo, sustentam os autores que diante de omissões ilegais e inconstitucionais por partes dos Poderes eleitos, é autorizada a atuação judicial, a qual se dará no campo da legalidade, e não no da discricionariedade, uma vez que o agir judicial deve sempre estar pautado em critérios normativos, ainda que, ocasionalmente, eles guardem conexões com a esfera política.

De outra banda, o obstáculo da inaptidão dos meios processuais tradicionais para tutelar eficazmente os direitos sociais decorre do fato de que eles foram pensados para a tutela dos clássicos direitos civis e que, em razão disso, não estariam aptos a atender eficazmente às exigências complexas das demandas sociais, especialmente as coletivas.

Com a devida vênia, esse não parece ser um argumento apto a justificar a impossibilidade da justiciabilidade dos direitos sociais. Afinal, a eventual deficiência procedimental, decorrente da omissão ou carência legislativa, não pode impedir o exercício de um direito material, na medida em que os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, possuem expressa proteção constitucional, logo, não podendo ficar desamparados de uma efetiva tutela judicial, independente da deficiência dos meios processuais existentes.³¹³

O fato de as ações tradicionais terem sido pensadas para atender os direitos civis de nada impede que elas sejam empregadas em matéria de direitos sociais, com as devidas adaptações procedimentais pelo próprio juiz. Ademais, a inexistência de mecanismos mais adequados, atualmente, não significa uma impossibilidade material de, no futuro, serem desenvolvidos novos instrumentos processuais voltados à tutela judicial dos direitos sociais.³¹⁴ Portanto, a

³¹² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Editores). **La protección judicial de los derechos sociales**. 1. ed. Quito: Editora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 24.

³¹³ LIMA FILHO, Francisco. Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional. **Revista de Direito Público**. v. 4, n. 15, Jan/Mar. 2007, p. 34.

³¹⁴ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *op. cit.*, p. 26-27.

carência procedimental atual não pode ser empregada como justificativa legítima para impedir a justiciabilidade dos direitos sociais.

Outrossim, no direito brasileiro, o obstáculo da inexistência de meios processuais adequados para a tutela dos direitos sociais não encontra eco, uma vez que na própria Constituição são previstos instrumentos para a sua tutela, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança individual e coletivo. Ademais, a Constituição igualmente conferiu uma ampla legitimidade ativa para a propositura de ações de cunho social, com destaque para a legitimidade do Ministério Público e das entidades coletivas, na qualidade de substitutos processuais, para proporem judicialmente ações com o escopo de exigirem prestações sociais, seja individual ou coletivamente.³¹⁵

Por derradeiro, o último obstáculo, o da escassa tradição da exigibilidade judicial dos direitos sociais, possui raízes culturais, o que potencializa os demais obstáculos. Isso porque institucionalizam, na prática, uma postura de desprezo pelas normas que preveem direitos sociais, como se fossem eles direitos de segunda classe, ainda que possuam expressa previsão constitucional. Ademais, essa visão não está restrita ao Estado. É possível também enxergá-la na própria população, em casos como, diante de uma flagrante omissão na prestação de uma prestação social, os destinatários se voltam exclusivamente para cobranças aos Poderes eleitos, alijando o Judiciário da solução do caso, em parte motivada pela desconfiança popular frente a esse Poder.³¹⁶

No caso do Brasil, contudo, até em razão da ampla legitimidade ativa para órgãos como Ministério Público e a Defensoria Pública, além do extenso leque de instrumentos processuais disponíveis, a baixa tradição de judicialização de direitos sociais se mostra como algo em vias de superação. Isso igualmente é reflexo da ampliação da noção de cidadania, na medida em que, hodiernamente, ela é também encarada como um imperativo de poder exigir do Estado a prestação de obrigações em favor da população, o que, indubitavelmente, inclui a prestação de direitos sociais, inclusive pela via judicial.³¹⁷

³¹⁵ LIMA FILHO, Francisco. Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional. **Revista de Direito Público**. v. 4, n. 15, Jan/Mar. 2007, p. 35.

³¹⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Editores). **La protección judicial de los derechos sociales**. 1. ed. Quito: Editora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 29.

³¹⁷ LIMA FILHO, Francisco, *op. cit.*, p. 36.

Pelo exposto, evidencia-se a fragilidade dos obstáculos apresentados contra a justiciabilidade dos direitos sociais, na medida em que a fundamentalidade desses direitos, por um lado, impõe a sua guarida judicial, independentemente da indeterminação de sua positivação e da presteza dos instrumentos processuais atualmente disponíveis e, por outro lado, impõe a adoção pelo Estado de medidas cabíveis para a sua efetivação, ainda que, tradicionalmente, isso esteja atrelado à esfera da política.

Com efeito, não se pode olvidar que a justiciabilidade dos direitos sociais deve observar os estritos limites da legalidade, não podendo o Judiciário substituir a ação do Executivo, sobrepondo-se ao mérito administrativo de atos legalmente válidos, nem a do Legislativo, por meio da criação de políticas sociais desprovidas de previsão legal. Isso porque, a justiciabilidade, sob pena de se perverter em ativismo judicial, deve se dar nos limites da Constituição Federal, observando tanto a exigência da efetivação dos direitos fundamentais, quanto à garantia do princípio democrático da separação dos poderes.

3.3 Ativismo judicial

Ativismo judicial e judicialização são fenômenos distintos. Uma vez feitas no tópico anterior as devidas considerações acerca da judicialização, com destaque à judicialização dos direitos sociais, consiste este capítulo em uma análise crítica e pormenorizada do fenômeno do ativismo judicial, abordando seus aspectos teóricos e seus reflexos sociais, políticos e jurídicos.

3.3.1 Conceito e origens

A conceituação de ativismo judicial não é uma tarefa trivial, na medida em que ela varia substancialmente a depender do posicionamento doutrinário e jusfilosófico do seu autor. Por

vezes, como alerta Uliano,³¹⁸ a expressão “ativismo judicial” é empregada de forma confusa e ambígua, de uso eminentemente retórico, com fins de deslegitimar decisões judiciais alvo de discordâncias.

O neoconstitucionalista Barroso entende que o ativismo judicial é um fenômeno associado a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e finalidades constitucionais, por meio de uma maior interferência sobre a esfera de atuação dos demais Poderes do Estado. Ademais, sustenta o autor que uma postura judicial pode ser enquadrada como ativista quando nela estiverem presentes os seguintes elementos:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³¹⁹

Sucedem que os argumentos caracterizadores do ativismo judicial apontados pelo autor supracitado são problemáticos porque, na prática, refletem a atuação exigida de qualquer juiz. Isso pelo fato de que aplicar a Constituição, afastar a incidência de normas inconstitucionais ou determinar ações ou abstenções, com fundamento em lei ou na Constituição, não são, em absoluto, atitudes ativistas. Pelo contrário, são o reflexo do regular agir constitucional exigido dos juízes e tribunais. Desse modo, tomar a conceituação de ativismo judicial proposta por Barroso implicaria assumir que o ativismo judicial e a função judicante exercida pelos membros do Judiciário seriam a mesma coisa, ou ainda, que toda atuação judicial nos termos da Constituição seria uma atuação ativista.

Por outro lado, Ramos,³²⁰ seguindo uma orientação juspositivista, classifica ativismo judicial como sendo o exercício da função jurisdicional para além dos limites institucionais impostos pelo ordenamento jurídico ao Poder Judiciário, seja em litígios objetivos ou subjetivos. Ademais, acrescenta que as práticas ativistas configuram uma desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em desfavor dos demais Poderes, na medida em que eles têm sua esfera de atuação invadida e substituída por decisões excessivamente criativas, seja em sede de controle de constitucionalidade, ou de conformação normativa.

³¹⁸ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 21.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 14.

³²⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

Abboud,³²¹ caudatário da doutrina pós-positivista, conceitua o ativismo judicial como sendo a atuação judicial desapegada da legalidade vigente (leis e Constituição) com a finalidade de fazer prevalecer a sua própria subjetividade política, religiosa e ideológica, por meio de suas decisões. Desse modo, o ativismo judicial configura uma atuação insidiosa do Judiciário em relação aos demais Poderes, na medida em que a decisão judicial ativista suplanta a Constituição e as leis. Por derradeiro, sustenta o autor que o ativismo judicial é um atalho pernicioso que se alija das vias democráticas da deliberação e do dissenso político. Isso porque o magistrado ativista faz política a partir de um lugar incabível: as decisões judiciais. Assim, o ativismo judicial seria um atalho na medida em que, por meio de decisões invasivas, pautas políticas seriam implementadas ao arrepio do debate republicano, servindo tal expediente como uma espécie de burla ao dissenso político democrático.

Na esteira pós-positivista, na qual se insere a Crítica Hermenêutica do Direito, Streck³²² pontua que o ativismo judicial é uma prática deletéria para a Democracia decorrente de visões e comportamentos pessoais do julgador, como se fosse possível a construção de uma linguagem privada, à margem da linguagem pública. Por isso, sustenta o autor que o ativismo é uma espécie de behaviorismo judicial, no qual a vontade do julgador suplanta o debate político, seja de forma ativa, para realizar um suposto “avanço”, ou passiva, para manter o *status quo*.

Seguindo os passos de Streck, Tassinari³²³ compreende o ativismo judicial como sendo uma postura/conduta dos membros do Poder Judiciário alicerçada em critérios não jurídicos. Diferente da judicialização da política, que pressupõe a concretização da Constituição, o ativismo judicial projeta politicamente o papel do Judiciário, na medida em que sua intervenção é soberana (não estrangida por nenhum elemento), tanto em sua relação com os outros Poderes, quanto em razão às balizas constitucionais estabelecidas. Por isso, arremata a autora que o ativismo judicial consiste em julgar fora do Direito, elevando o Poder Judiciário a uma fonte de si próprio.

³²¹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1520.

³²² STRECK, Lenio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016, p. 724.

³²³ TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016, p. 85-86.

Por derradeiro, sob os auspícios da Teoria dos Diálogos Constitucionais/Institucionais, Uliano³²⁴ classifica o ativismo judicial como sendo um fenômeno caracterizado pela atuação judicial para além dos limites daquilo que seria juridicamente consistente extrair da norma jurídica aplicada, somada à invasão de competências de outros órgãos, notadamente daqueles investidos de representatividade política.

Adota-se neste trabalho uma concepção de ativismo judicial na trilha daquilo defendido por Uliano, Ramos, Abboud, Streck e Tassinari. Assim, toma-se o ativismo judicial como uma prática ilegítima por meio da qual o juiz faz prevalecer em suas decisões as suas convicções políticas, ideológicas ou filosóficas, em detrimento dos limites reservados aos órgãos constitucionalmente competentes, numa verdadeira prática predatória do voluntarismo pessoal sobre o Direito.

Decisão ativista não é aquela que determina que o Poder Público tome certa medida, ou que se abstenha de praticar determinado ato, mas sim aquela que, sem base legal ou constitucional, determina que tais ações/abstenções sejam praticadas. Assim, vê-se que o ativismo judicial é um fenômeno inconstitucional, por meio do qual o juiz usurpa o campo de atuação dos demais Poderes e dos particulares, impondo as suas convicções pessoais, em detrimento do ordenamento jurídico democraticamente promulgado. Ou, como aponta Uliano, consiste no exercício da jurisdição através de decisões que substituem a escolha do órgão, *a priori*, competente para tomá-las, empregando, para tanto, padrões hermenêuticos desprovidos de razões jurídicas suficientes.³²⁵

Ademais, destaca-se que não existe bom e mau ativismo. Todo ativismo deve ser encarado como um fenômeno nocivo à prática judicial, na medida em que configura uma violação à Constituição. Admitir que possa existir um ativismo bom, implicaria aceitar uma perigosa lógica utilitarista, na qual ilegalidades poderiam ser aceitas, toleradas e até mesmo encorajadas, desde que o resultado prático obtido com elas fosse satisfatório, segundo a ótica do julgador.

A defesa do bom ativismo, assim, implicaria aceitar a falência consentida do devido processo legal e do Direito, substituindo a Democracia participativa pelo voluntarismo judicial.

³²⁴ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 34.

³²⁵ Ibidem, p.169.

Tal proceder, contudo, não merece guarida. O Estado de Direito deve estar alicerçado na legalidade (Constituição e leis), e não em visões e preferências político-ideológicas dos julgadores, na medida em que o Direito não admite discricionariedade judicial, por mais tentadora e bem intencionada que ela seja. Logo, não se pode olvidar a lição de Scalia de que o respeito às formalidades institucionais (*rule of law*) é o fator responsável por sustentar o Estado de Direito, fazendo dele um governo de leis, e não de homens.³²⁶

Outro ponto a ser destacado é que o ativismo judicial não é um fenômeno de Direita ou de Esquerda, nem conservador ou progressista. Isso porque, para ser enquadrado como ativista, basta que o julgador deixe de fundamentar sua decisão no Direito, substituindo-o por sua ideologia, seja ela qual for. Por isso, perde sentido a divisão entre bom e mau ativismo, na medida em que o reconhecimento de um ativismo como sendo bom só será possível perante a parcela social adepta da visão ideológica encampada na decisão ativista. Por outro lado, será considerado como mau ativismo por aqueles que não comungam de tal visão de mundo. Desse modo, vê-se que o ativismo transforma conflitos jurídicos em disputas políticas e ideológicas, nas quais o resultado da contenda varia de acordo com a filiação político-ideológica do juiz, e não com a juridicidade da matéria apreciada. Assim, o ativismo faz com que o debate jurídico seja substituído por um conflito entre ideologias e visões de mundo, escanteando o Direito.³²⁷

Isso posto, vê-se que devem ser enxergadas como ativistas e, portanto, ilegítimas, posições que advogam que o Poder Judiciário possui a missão de ser uma vanguarda iluminista para o país, porque ele, supostamente, teria uma vocação de “empurrar a história”.³²⁸ Com a devida vênia, tal afirmação soaria tão descabida quanto afirmar que a Suprema Corte possui o dever de ser uma vanguarda conservadora, liberal, libertária, ou tradicionalista, porque ela teria a missão de “empurrar” ou “manter” a história para essa ou aquela direção.

O Judiciário, enquanto Poder da República, não pode ser partidário, nem muito menos propagador e aplicador, de nenhuma ideologia, como o Iluminismo, nem deve ter por missão guiar o país para uma direção, por ela estar alinhada à certa visão de mundo simpática ao juiz.

³²⁶ SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitution and laws. **The Tanner Lectures on Human Values**, Princeton University, p. 77-121, mar. 1995, p. 99.

³²⁷ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1496.

³²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set.-dez. 2019, p. 24-25.

O campo para a defesa de tal procedimento é o da política partidária, não o do Direito, no qual a única direção admissível a ser seguida é a legalidade, consagrada nas leis e na Constituição.

Nesses termos, vê-se que o debate acerca do ativismo judicial só é possível se se admitir a sua universalidade, isto é, não se pode pinçar qual ativismo é adequado (bom) ou inadequado (mau) a partir das convergências entre as preferências e inclinações ideológicas do julgador e as nossas. Tomando a valoração do ativismo em abstrato, sempre haverá a situação em que uma parcela ideológica ficará frustrada. Por isso, na fundamentação das decisões judiciais o Direito não pode ser substituído pela moral, ou outros fatores metajurídicos alinhados à visão de mundo do juiz. Daí, a salutar lição de Abboud:

Todo ativismo é ruim para a democracia, porque em uma democracia, ao juiz é defeso trocar o direito por sua convicção ideológica. No Estado constitucional, progressistas e conservadores devem divergir sobre aspectos políticos; contudo, na solução de questões jurídicas, não deveria haver discordância acerca de onde dar início à construção da decisão judicial, ou seja, as leis e a Constituição Federal. Nessa quadra da história, nenhuma defesa ideológica deveria se sobrepor à defesa da Constituição e das instituições democráticas. O debate sobre o ativismo não pode ser visto a partir de conflito político. Ou seja, não devo discordar da decisão ativista porque o posicionamento consagrado pelo juiz me desagrada politicamente. Devo discordar porque reconheço o ativismo decisório, ainda que, ao fim, as conclusões do magistrado estejam em consonância com meu horizonte político. Apenas se partirmos desse ponto, nossas discussões acerca de ativismo poderão amadurecer.³²⁹

No Brasil, não raro, o ativismo judicial é invocado como um instrumento a serviço de pautas tidas como “progressistas”, como foi o caso da admissibilidade da união civil entre pessoas do mesmo sexo (ADI nº 4.277). Todavia, as origens do contemporâneo fenômeno identificado como ativismo judicial, as quais remetem aos Estados Unidos do século XIX, possuem uma inclinação ideologicamente oposta.

Streck³³⁰ recorda que as discussões em torno do ativismo judicial surgiram nos Estados Unidos, acumulando cerca de duzentos anos de história. Todavia, despontaram com maior vigor durante o governo Roosevelt, em razão da oposição da Suprema Corte às legislações sociais e trabalhistas introduzidas por meio do *New Deal*. Sustenta o autor que a oposição dos membros da corte se deveu a motivos sobretudo ideológicos, na medida em que a maioria dos integrantes do tribunal eram partidários da visão liberal do capitalismo de *laissez-faire*, antagônico à agenda legal intervencionista introduzida pelo governo de Roosevelt. Assim, em razão da

³²⁹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1497.

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 51.

incompatibilidade ideológica entre o viés da legislação democraticamente aprovada pelo congresso americano e a visão de mundo da maioria dos membros da corte, as normas sociais intervencionistas foram reiteradamente julgadas como inconstitucionais, por ferirem o direito fundamental à livre iniciativa.

Daí vê-se por que é equivocado tratar o ativismo judicial dentro de critérios ideológicos de Direita ou Esquerda, na medida em que qualquer facção política ou ideológica pode fazer uso da estrutura judicial para impor a sua visão particular de mundo, caracterizando aquilo que Hirschl denominada de “preservação hegemônica”³³¹. Seja uma visão identificada com o Liberalismo, como se verificou no caso *Lochner vs. New York* (reconheceu a inconstitucionalidade da legislação social e trabalhista por ferir o direito fundamental à livre iniciativa); ou com o Progressismo, como é o caso de *Roe vs. Wade* (reconheceu a inconstitucionalidade da proibição estatal do aborto). Em casos extremos, o ativismo judicial pode ser até mesmo empregado para justificar visões racistas e segregacionistas, como foi o caso de *Plessy vs. Ferguson* (reconheceu a constitucionalidade da legislação de segregação racial do “separado, mas iguais”).

Historicamente, segundo Uliano,³³² foi apenas em 1947 que a expressão “ativismo judicial” (*judicial activism*) foi empregada pela primeira vez. O fato ocorreu em uma matéria da revista norte-americana *Fortune*, intitulada “*The Supreme Court*”, de autoria do historiador Arthur Schlesinger Jr. A referida publicação, contudo, não possuía conteúdo acadêmico, ou jurídico, consistindo num veículo de comunicação destinada ao público leigo. Apesar da informalidade, no referido texto estavam presentes os elementos tidos como caracterizadores do fenômeno do ativismo judicial, como a retratação do “juiz ativista” como sendo aquele que usa da sua função para promover suas preferências sociais e políticas; além do emprego altamente maleável, não científico e subjetivo da argumentação jurídica.

A origem do emprego acadêmico-científico da expressão “ativismo judicial” remonta a dois artigos de autoria de Edward McWhinney, *The Supreme Court and Dilemma of Judicial Policy-Making* (1955) e *The Great Debate: Activism and Self-restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making* (1958). Após as obras desbravadoras de Edward McWhinney, outras de renome foram publicadas no Estados Unidos, com destaque para *The Least Dangerous*

³³¹ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 95-96.

³³² ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 23-24.

Branch (1962), de autoria de Alexander Bickel; *A Matter of Principle* (1985) e *Freedom's Law* (1996), ambas de autoria de Ronald Dworkin. Após a abordagem no campo acadêmico-científico, a expressão “ativismo judicial” foi empregada também pelos tribunais, com destaque para o voto pioneiro do juiz da Suprema Corte Americana (SCOTUS) Van Graafeilang, no caso *Turpin vs. Mailet*, proferido em 1978.³³³

Já no caso do Brasil, especificamente no Supremo Tribunal Federal, Oliveira Junior³³⁴ aponta que as manifestações de ativismo judicial ao longo da história foram bastante tímidas, especialmente devido aos longos períodos de governos autoritários, os quais limitaram sobremaneira as possibilidades de protagonismo judicial. Com efeito, aponta o autor que com o advento da Constituição de 1988 essa realidade foi substancialmente alterada, tendo após 2003, com a aposentadoria do ministro Moreira Alves, principal artífice da posição de autocontenção do Supremo Tribunal Federal, iniciado uma nova era na corte, marcada por um maior protagonismo, concentração de poderes e proliferação de decisões ativistas. Ademais, sustenta o autor que a mudança no perfil da corte após 2003, rumo a uma posição mais ativista, não foi fruto apenas do perfil dos novos integrantes da corte, mas sim de raízes mais profundas, ligadas à crise de representatividade entre o eleitorado e a classe política e as omissões do Poder Legislativo em regulamentar questões polêmicas.

De outra banda, apesar de reconhecer se tratarem de fenômenos distintos, Uliano³³⁵ aponta que as origens do ativismo judicial no Brasil estão atreladas ao processo de expansão do Poder Judiciário, contemporâneo à promulgação da Constituição Federal de 1988. O referido fenômeno pátrio não se deu de forma isolada, mas sim dentro do contexto global do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra, caracterizado por uma forte intervenção e fiscalização judicial, previsão de um extenso rol de direitos fundamentais no corpo das constituições, preferência por normas de conteúdo aberto (principiológico e programático), fatores esses, segundo o autor, determinantes para a expansão global do Poder Judiciário, da qual o Brasil não ficou de fora.

³³³ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 24-26.

³³⁴ OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. **Ativismo judicial (ou jurídico), autocontenção e última palavra na interpretação da Constituição: o que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norte-americano e as teorias do diálogo**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Maranhão. São Luís, 2014, p. 96-102.

³³⁵ ULIANO, André Borges, *op. cit.*, p. 49-50.

3.3.2 Caracterização do ativismo judicial

Tal qual verificado na conceituação do ativismo judicial, também quanto a seus elementos caracterizadores inexistiu uma construção unívoca.

Barroso,³³⁶ por exemplo, aponta que a postura judicial ativista é aquela caracterizada por: aplicação direta da Constituição, independentemente da manifestação do legislador ordinário; declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, com base em critérios de reduzida rigidez; e imposição de ações e abstenções ao Poder Público, especialmente na seara das políticas públicas.

Uliano,³³⁷ por outro lado, aponta que o ativismo judicial se caracteriza pela atuação para além daquilo que possa ser reconhecido como juridicamente consistente de ser extraído das normas legais; além da invasão judicial na esfera das competências típicas dos demais órgãos estatais, notadamente daqueles investidos de caráter político-representativo. Ademais, acrescenta o autor que esses fatores são impulsionados por dois equívocos.

Em primeiro lugar, um equívoco de leitura institucional, ou seja, acerca de qual seria o papel das instituições judiciárias em uma democracia participativa com uma Constituição escrita e que consagra a separação de poderes. Em segundo lugar, um equívoco de hermenêutica jurídica, na medida em que o ativismo é vinculado por meio do emprego de modos interpretativos que permitem uma manipulação excessiva do teor linguístico das normas constitucionais e legais.³³⁸

O fenômeno do ativismo judicial não deve ser encarado como um acontecimento isolado, mas sim como um integrante do macrossistema de crises do Direito contemporâneo. Nessa toada, Streck³³⁹ aponta que uma das principais responsáveis por esse estado de crises foi a recepção acrítica e equivocada de teorias estrangeiras ao direito pátrio, com destaque para a jurisprudência de valores, a teoria da argumentação e o realismo jurídico (especialmente o ativismo norte-americano).

Da doutrina alemã da jurisprudência de valores, incorporou-se na doutrina pátria à concepção segundo a qual a Constituição não é uma estrutura fechada de legalidade, mas sim

³³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 14.

³³⁷ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 34.

³³⁸ Ibidem, p. 55.

³³⁹ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

uma ordem concreta de valores, cabendo ao intérprete o papel de encontrá-los e revelá-los. Sucede que, tais valores constitucionais não estão plasmados no texto constitucional de forma absoluta e estanque, havendo entre eles zonas de penumbra e colisão. Em razão disso, incorporou-se a técnica de ponderação da teoria da argumentação de Robert Alexy, como forma de resolver os inevitáveis choques entre os valores e direitos fundamentais colidentes.

Streck,³⁴⁰ contudo, aponta que a regra de ponderação proposta por Alexy, ao contrário do que corriqueiramente é empregado no Brasil, não consiste numa operação de se pesar dois princípios numa balança a fim de aferir qual deles têm maior peso no caso concreto. Ademais, acrescenta que a prática judicial brasileira transformou a regra de ponderação em um princípio, distanciando-se daquilo proposto por Alexy. Por fim, sustenta o autor que tal desnaturação doutrinária empreendida pelos tribunais implicou num esvaziamento da teoria original, reduzindo o conceito a uma espécie de álbi teórico. Assim, relegando-o ao extenso rol do “pamprincipiologismo”, o qual, segundo o autor, consiste na prática de, a pretexto de aplicar princípios constitucionais (dentre os quais a ponderação), proliferar de forma descontrolada e antijurídica uma série de enunciados performáticos com vistas a solucionar casos concretos, ainda que ao arpejo da legalidade constitucional.

Já quanto à recepção equivocada do realismo, notadamente quanto ao ativismo norte-americano, Streck³⁴¹ aponta que as discussões no Brasil acerca do tema, não raro, ignoram as abissais diferenças entre os sistemas jurídicos brasileiro e estadunidense, além dos dois séculos de desenvolvimento da doutrina do ativismo judicial e das implicações do “governo dos juízes” empreendida nos Estados Unidos, além da crença errônea segundo a qual uma postura ativista seria sempre algo positivo à guarda dos direitos fundamentais. Nessa toada, recorda o autor do “ativismo às avessas” praticado na Era Lochner, isto é, a posição majoritária da Suprema Corte Americana de reconhecer como inconstitucionais as legislações trabalhistas que, a seu entender, violavam à livre iniciativa (nos moldes do liberalismo de *Laissez-faire*), especialmente as aprovadas durante o *New Deal*.

Tassinari chama atenção para o fato de que as três recepções equivocadas elencadas por Streck têm em comum o fato de resultarem no protagonismo judicial. Desse modo, sustenta a autora que:

³⁴⁰ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 49-50.

³⁴¹ Ibidem, p. 51.

Através dos valores, juízes e tribunais desvinculam-se da legalidade; pela ponderação, abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão; e, por fim, com o ativismo norte-americano, o Judiciário assume uma atuação de total interferência política. De um modo ou de outro, tudo repercute em uma acentuada concessão de poderes aos magistrados, que culminam no ativismo judicial, comprometendo a democracia.³⁴²

A caracterização do ativismo não pode olvidar da dogmática correlata a seu estudo. Isso posto, Ramos³⁴³ aponta que a correta compreensão do referido fenômeno deve levar em consideração sete fatores: a aplicação da Constituição; a categoria retórica das questões políticas submetidas ao Judiciário; os diversos graus de controle judicial em matéria constitucional; a vinculação da interpretação ao texto-base; as exigências sistêmicas relativas aos princípios implícitos e nexos funcionais; a intervenção legislativa no desdobramento dos princípios constitucionais; e a limitação da eficácia das normas constitucionais.

O enquadramento de uma decisão judicial como ativista está pautado nos limites substanciais impostos ao exercício da função típica do Judiciário, interpretação e aplicação do Direito, a qual deve considerar todo o ordenamento jurídico, com maior relevo aos ditames da carta constitucional. Assim, o primeiro elemento caracterizador do ativismo judicial, apontado por Ramos, diz respeito à equivocada aplicação da Constituição, de modo a empregar interpretações/aplicações que distorçam e deformem o sentido dos dispositivos constitucionais. O principal pilar para evitar essa anomalia jurídica consiste na necessária vinculação entre o texto normativo e sua interpretação. De plano, frise-se que tal procedimento não se confunde com a interpretação gramatical, ou seja, a vinculação exigida diz respeito a observância aos limites semânticos do texto, o que é diferente de uma errônea e descabida exigência de interpretação literal dos dispositivos legais/constitucionais.

Do mesmo modo, a referida vinculação e o controle sobre as decisões judiciais não implicam retirar dos juízes a capacidade de interpretação. Afinal, como lembra Streck,³⁴⁴ interpretar consiste em dar sentido e fundir horizontes, e não em descobrir significados ocultos. Todavia, reconhecer o direito como um conjunto de regras e princípios suscetíveis de vaguezas, dubiedades e imprecisões não implica admitir que o processo de concretização dos textos normativos se sujeite à subjetividade do seu aplicador.

³⁴² TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012, p. 99.

³⁴³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 141.

³⁴⁴ STRECK, Lenio. **O que é isto**: decido conforme minha consciência. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 95.

Uliano,³⁴⁵ por outro lado, destaca que a desvinculação entre texto e significado, promovida pelo ativismo judicial, é caudatária da leitura neoconstitucionalista da Constituição como sendo um conjunto de princípios (valores) aplicados de forma aberta pelos juízes. Tal postura impõe um desprestígio das regras frente aos princípios, na medida em que advoga que todas as áreas do Direito devem se sujeitar a uma interpretação principiológica dos valores constitucionalmente positivados, seja de forma expressa, ou implícita. Desse modo, a legislação é rebaixada a uma espécie de sugestão legislativa sobre como o Judiciário deveria aplicar os princípios constitucionais. Isso porque esses seriam sempre sindicalizáveis perante o Judiciário, mediante a técnica de ponderação, a qual pretende aplicá-los sempre num grau ótimo de concretização, a despeito do texto das regras democraticamente aprovado pelo Legislativo.

A consequência dessa prática, segundo Uliano, seria:

(...) um colapso dos limites semânticos dos textos normativos, constantemente manipulados ou afastados, caso o julgador entenda que as escolhas legislativas não concretizam os princípios de modo ótimo. Como esses princípios são abertos e o modo de determinar sua otimização envolve fortes elementos de discricionariedade, abre-se uma enorme fenda para o voluntarismo judicial.³⁴⁶

Nesse ponto, vê-se a importância do emprego, por exemplo, da teoria estruturante de Friedrich Müller, e suas lições acerca do programa e âmbito da norma na atividade interpretativa da Constituição. Isso porque ao mesmo tempo em que não se ignora que o ato de interpretação/aplicação do Direito deve levar em consideração os elementos extralinguísticos da norma (âmbito normativo), igualmente para ser válido, ele não pode olvidar dos limites semânticos impostos pelo texto legal (programa normativo). Afinal a norma juridicamente válida (decisão/produto da interpretação) deve ser o fruto do confronto entre a problemática material e os dispositivos legais aplicados ao caso concreto.

Aquilo que a disposição legal prescreve para o respectivo caso a ser decidido é sempre primeiramente averiguado em confronto com sua problemática material, mediante a consideração do programa normativo e a observação dos limites comprováveis de seu enunciado normativo. Dessa forma, a concretização da norma necessariamente engloba tanto sua construção e aplicação como, com isso, a solução do caso jurídico. Se ficar concretamente constatado que um caso não pertence ao âmbito normativo, sob o ponto de vista estrutural e de acordo com o teor de sentido do programa normativo, então nem a norma é determinada em função do caso nem o caso é determinado em função da norma.³⁴⁷

³⁴⁵ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 51-52.

³⁴⁶ Ibidem, p. 52.

³⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução: Peter Naumann. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 255.

Ainda no campo dos princípios constitucionais, Ramos³⁴⁸ destaca a relevância da atuação do Legislativo para, de um lado, concretizar a Constituição e, de outro, limitar a atuação do Judiciário. Nessa toada, sustenta o autor que a ampla previsão principiológica da Constituição pode vir a se tornar um catalisador do ativismo judicial, o qual restará configurado caso as normas de desdobramento principiológicos resultem de decisões judiciais, e não de atos legislativos.

Atento a referida problemática, Uliano³⁴⁹ defende a importância de o Parlamento ser enxergado como um foro de princípios. Segundo o autor, uma das principais fontes do ativismo judicial é a manipulação de princípios, aos quais se atribui dignidade constitucional. Desse modo, valem-se juízes ativistas da natureza aberta dessas espécies normativas para, em suas razões, concretizar judicialmente os direitos fundamentais expressos na forma de princípios. Ademais, sustenta o autor, que o papel de concretização dos direitos fundamentais, positivados na forma de princípios em muitos casos, não compete exclusivamente ao Judiciário. Ao revés, tal missão é compartilhada com a atividade política, notadamente a exercida pelas casas do Legislativo. Desse modo, diante da abertura proporcionada pelos princípios, caberia ao Legislativo, via legislação ordinária, concretizar os direitos fundamentais, não podendo o Judiciário desprezar essa capacidade legislativa, na medida em que inexistente no sistema constitucional brasileiro um monopólio judicial da interpretação constitucional.³⁵⁰

Aliás, consoante leciona Ávila,³⁵¹ não só o Judiciário não detém o monopólio da interpretação e concretização dos princípios constitucionais, como o seu papel nesse mister é subsidiário e suplementar. Desse modo, havendo uma regra constitucional ou legal disciplinando determinada matéria, não poderá o juiz aplicar originariamente uma solução principiológica. Logo, apenas em casos de inexistência de regras constitucionalmente válidas estará o magistrado autorizado a aplicar diretamente uma solução principiológica, a qual, em caso de superveniência de legislação que lhe seja contrária, ainda que ordinária, não poderá prevalecer, na medida em que somente em caso de inconstitucionalidade estará o juiz autorizado

³⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190.

³⁴⁹ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 123.

³⁵⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, n. 02. ISSN 1516-0351 p. 119-161, 2013, p. 136.

³⁵¹ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. n. 17, jan/fev/mar. 2009, Salvador, p. 10-12.

a afastar a aplicação de uma regra legal. Por isso, diz-se que a concretização judicial dos princípios é complementar e subsidiária à realizada pelo Legislativo.

De outra banda, atento à importância da garantia de harmonia e coerência do Direito, Ramos defende a ideia de exigências sistêmicas, as quais são expressadas por meio de princípios implícitos e nexos funcionais. Desse modo, ao julgar, devem os tribunais estarem atentos à noção de generalidade, com o fito de garantir a exigência de percepção do Direito como sendo um sistema axiologicamente orientado. Isso porque, explica o autor:

A racionalização fundamentadora das decisões judiciais não se esgota, por conseguinte, no uso adequado dos elementos ou técnicas de interpretação, mas envolve, igualmente, a preocupação metodológica em estabelecer em que termos se dá a harmonização entre os institutos e conceitos jurídicos.³⁵²

A inobservância da sistematicidade do Direito e do dever de coerência das decisões judiciais é uma das marcas do ativismo, isso porque a decisão ativista é fruto do voluntarismo, seguindo o modelo de primeiro decidir, e só depois buscar fundamentos jurídicos para embasar a decisão. Assim, vê-se que o respeito à ideia de Direito como um sistema axiologicamente orientado e coerente é um instrumento de garantia da segurança jurídica, na medida em que coíbe decisões destoantes dos entendimentos constitucionalmente consolidados, velando, assim, pela estabilidade e previsibilidade jurisdicional.

Nessa esteira, Streck³⁵³ contesta a ideia de que decidir é um ato de vontade, ou ainda, de que foi dado ao juiz a faculdade de decidir conforme sua consciência. Segundo o autor, toda decisão judicial deve estar alicerçada em um compromisso com a reconstrução institucional do Direito, o que implica na observância dos princípios e no posicionamento do caso sob julgamento dentro da cadeia de integridade do Direito. Isso porque, segundo o autor, a decisão judicial, sob o paradigma pós-positivista, é o resultado da interpretação/aplicação da norma constitucionalmente orientada, sendo vedado, por conseguinte, a adoção de voluntarismos ou de posições que destoem da integridade do Direito, ou quem ponham em xeque a sua autonomia.

Outro ponto central na caracterização do ativismo judicial, nos termos propostos por Ramos, diz respeito aos limites das diversas formas de controle exercidas pelo Judiciário, notadamente aquelas relacionadas com questões políticas.

³⁵² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 181.

³⁵³ STRECK, Lenio. **O que é isto**: decido conforme minha consciência. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 108.

O autor defende que a legítima intensidade desse controle varia de acordo com a matéria submetida à apreciação judicial. Assim, ela será inexistente quando disser respeito à função de governo, isso é, a forma como a Administração Pública organizará sua estrutura interna. De outra banda, ela será mínima quanto à jurisdição legislativa, desempenhada em uma de suas funções atípicas, por exemplo, nos processos de *impeachment*, cabendo ao Judiciário apenas garantir o respeito à legalidade do julgamento, sendo-lhe vedado interferir ou substituir o mérito da decisão.³⁵⁴

De outra banda, a intensidade admissível será média-fraca, quanto a atos *interna corporis* dos demais órgãos e Poderes da República (v. g., elaboração de seus regimentos internos), atos de chefia de Estado (v. g., representação diplomática) e controle de constitucionalidade fundado em princípios. Nesse último ponto, Ramos³⁵⁵ aponta que por possuírem um reduzido grau de vinculatividade, os princípios proporcionam uma maior liberdade ao legislador. Assim, não havendo uma oposição razoavelmente demonstrada entre a legislação ordinária e um princípio constitucional, não é legítimo que o Judiciário a tome a primeira como inválida. Interpretação diversa é a aplicada ao controle de intensidade média-forte, a qual abarca o controle de constitucionalidade fundado em regras constitucionais e atos discricionários. Isso porque as regras possuem um acentuado grau de determinação e vinculatividade, reduzindo sobremaneira o campo de atuação do legislador. De igual maneira, os atos discricionários, para serem válidos, não prescindem da observância da legalidade em sentido amplo. Por derradeiro, o controle judicial será tipo como forte em casos de atos vinculados, isso porque, de antemão, o legislador já fixou os elementos aplicáveis ao ato administrativo, sendo vedado que o gestor público empregue entendimento diverso.

Apesar do louvável esforço de Ramos em categorizar a interferência judicial a partir de graus de intensidade, com vistas a inibir abusos ativistas, a referida sistematização não oferece uma baliza absoluta. Em questões apontadas como “*interna corporis*”, por exemplo, não há uma linha clara da sua extensão. *Verbi gratia*, no julgamento do Mandado de Segurança 34283/DF,³⁵⁶ no qual um grupo de parlamentares federais pleiteou a instalação de uma comissão parlamentar de inquérito (CPI da UNE), por ter atingido o número mínimo de

³⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 156-161.

³⁵⁵ Ibidem, p.161-171.

³⁵⁶ A íntegra da decisão pode ser consultada em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309919595&ext=.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2022.

assinaturas constitucionalmente exigidas e a presidência da Câmara ter negado seguimento a sua instalação; o STF negou a segurança sob o argumento de se tratar de questão *interna corporis*, sendo, portando, vedado à corte interferir na ordenação dos trabalhos das casas legislativas. Todavia, em situação análoga, no julgamento do Mandado de Segurança 37.760/DF,³⁵⁷ que pleiteou a instalação da “CPI da Covid” no Senado, o STF concedeu a segurança, ignorando o argumento de se tratar de questão *interna corporis*, como fora empregado no Mandado de Segurança 34.283/DF.

O próprio Ramos³⁵⁸ reconhece a inconsistência no emprego pelos tribunais das chamadas “questões políticas”, isso é, nas exceções alegadas pelo Judiciário para negar ingerência sobre questões afeitas aos demais Poderes. Daí, o autor arrematar que, não raro, o emprego do referido argumento pelos tribunais é meramente retórico, como forma de justificar casuísticas autocontenções judiciais (*self-restraint*), ainda que incabíveis.

Além da zona de penumbra quanto ao que seria legítimo ao Judiciário intervir na atividade típica dos demais Poderes e o que seria uma inadequada ingerência ativista, como nas questões *interna corporis*; outro ponto sensível na caracterização do ativismo proposta por Ramos, através de níveis de intensidade de interferência, são quais seriam as balizas limitativas ao exercício jurisdicional. Dito de outro modo: quais são os atos permitidos ao julgador dentro de cada nível de intensidade de atuação? No modelo teórico proposto por Ramos, lamentavelmente, não há uma resposta precisa para esse questionamento.

Afirmar que o controle judicial sobre atos discricionários é mais brando do que aquele exercido sobre um ato vinculado, por exemplo, não elucida a questão nevrálgica do controle judicial de políticas públicas e sua compatibilização com o regime democrático de separação de poderes, que consiste na indagação: até onde pode o Judiciário intervir no campo de atuação dos demais Poderes, sem com isso comprometer a independência deles. Ou ainda, qual a linha fronteira entre a concretização dos direitos fundamentais por meio da judicialização, e o inconstitucional exercício do ativismo judicial?

³⁵⁷ A íntegra da decisão pode ser consultada em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351076588&ext=.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2022.

³⁵⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153.

A partir do paradigma pós-positivista, Abboud³⁵⁹ leciona que a resposta aos questionamentos apresentados acima passa necessariamente pela compreensão de que no Estado Constitucional todos os atos da Administração Pública devem estar pautados no princípio da legalidade, o qual deve ser lido de forma ampla, de modo a abarcar o texto constitucional. Portanto, para ser válido, o ato administrativo deve estar em conformidade com as normas constitucionais, sejam elas regras, ou princípios. Desse modo, perderia sentido dividir a legitimidade da ingerência judicial a partir de categorias, como atos vinculados e discricionários, na medida em que todo ato da Administração seria vinculado obrigatoriamente à Constituição, além de que não há ato administrativo sem prévia interpretação. Assim, segundo Abboud, a legitimidade do controle judicial está atrelada à sua fidelidade ao bloco de legalidade administrativa, o qual inclui a Constituição, independentemente da classificação jurídica dos atos judicializados.

Ademais, não se pode olvidar que no atual estágio do Estado de Direito os direitos fundamentais, dentre os quais os direitos sociais, não podem ser preteridos em nome da liberalidade do administrador. Por isso, autores como Nery Júnior e Nery³⁶⁰ sustentam que, à luz da constitucionalidade vigente, a concepção de discricionariedade administrativa se tornou obsoleta. Isso porque, como apontado acima por Abboud, para ser válido, todo ato administrativo deve estar em conformidade com o bloco de legalidade administrativa, o que por óbvio, rechaça a noção de que direitos fundamentais podem ser negligenciados em razão dos critérios de conveniência e oportunidade elegidos pelo administrador. Isso posto, vê-se que não há margem de escolha entre cumprir ou não os direitos sociais constitucionalmente assegurados. Portanto, não há que se falar em discricionariedade no que toca à concretização dos direitos fundamentais, a qual deve ser encarada como uma obrigação, e não uma liberalidade administrativa.

Outrossim, sustenta Abboud³⁶¹ que, do mesmo modo como no atual estágio constitucional é incabível a adoção da discricionariedade administrativa, o mesmo deve se dizer da discricionariedade judicial. Isso porque, o Direito é incompatível com a ideia de discricionariedade, seja na esfera executiva, seja na judicial. Na medida em que, segundo o autor,

³⁵⁹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 321-322.

³⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Constituição federal comentada**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 695.

³⁶¹ ABBOUD, Georges, *op. cit.*, p. 333-334.

a interpretação é sempre um ato vinculado, pois não há espaço para o voluntarismo, independentemente da vagueza ou precisão semântica do texto interpretado. Por isso, o ativismo judicial é, em sua visão, um fruto da discricionariedade, na medida em que substitui a legalidade pelo voluntarismo do julgador.

Ademais, à luz da teoria estruturante de Friedrich Müller, vê-se que o ativismo afasta a vinculação entre decisão e legalidade, na medida em que compromete o processo legítimo de produção da norma (entendida como solução do caso e produto interpretativo), obtido pelo confronto entre programa e âmbito normativos; em razão da adoção de um incabível e ilegítimo critério discricionário de conveniência e oportunidade pelo julgador.

Outro elemento caracterizador do ativismo judicial, segundo Ramos,³⁶² é a desatenção e o inconformismo quanto às particularidades das normas de eficácia limitada, nas quais grande parte dos direitos sociais está positivada. Assim, valendo-se da doutrina portuguesa de Jorge Miranda,³⁶³ quanto a divisão das referidas normas constitucionais em preceptivas (não exequíveis de imediato em razão exclusivamente da ausência de regulamentação legislativa) e programáticas (não exequíveis imediatamente em razão não só da ausência de regulamentação legislativa, como também de providências administrativas e materiais), Ramos sustenta que cabe ao juiz, na concretização de normas programáticas definidoras de direitos sociais, situá-las como dependentes de providências integrativas dos poderes públicos. Assim, caso o juiz desconsidere essa limitação eficaçional das normas programáticas, estaria ele avançando para além de seu legítimo campo jurisdicional, tomando, pois, uma posição ativista.

Relevante questão diz respeito à compatibilização do art. 5º, §1º, da Constituição,³⁶⁴ corolário dos princípios da força normativa da Constituição e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, com as implicações decorrentes da eficácia limitada das normas programáticas. Em nosso ordenamento jurídico, dois são os institutos aptos a solucionar omissões legislativas em matéria de direitos fundamentais, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção (MI). Segundo Ramos,³⁶⁵ o cabimento dos referidos instrumentos, todavia, não abarca todas as normas de eficácia

³⁶² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194-195.

³⁶³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo 2. p. 248.

³⁶⁴ Art. 1º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³⁶⁵ RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 200-202.

limitada, mas apenas as preceptivas, na medida em que as programáticas, para serem concretizadas, exigem não só regulamentação legislativa, como também ações materiais a cargo de outras instâncias do Estado. À luz da doutrina exposta, vê-se ser ativista e, portanto, inconstitucional o julgamento procedente de omissões em normas programáticas em sede de ADO e MI, ainda que se tratem de normas definidoras de direitos fundamentais.

A partir dos critérios apresentados por Ramos, vê-se como controversa a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção 7.300/DF,³⁶⁶ o qual reconheceu como inconstitucional a omissão do Executivo Federal em regulamentar o valor atribuído a título da renda mínima prevista no art. 2º da Lei nº 10.835/2004, uma vez que a referida omissão se enquadraria como uma violação ao direito à cidadania, assegurado pela Carta de 1988.

Em seu parecer, o Procurador Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do pedido, argumentando que o princípio constitucional da cidadania não poderia ser invocado como norma pendente de regulamentação, tendo em vista que a omissão discutida no caso dizia respeito a uma lei ordinária, a Lei nº 10.835/2004, contra a qual não cabe mandado de injunção.

De outra banda, em seu voto, o relator, ministro Marco Aurélio Mello, defendeu que a expressão “norma regulamentadora”, exigida para fins de Mandado de Injunção,³⁶⁷ possui conotação ampla, sendo incabível, pois, reduzir o seu alcance a essa ou aquela espécie normativa, por exemplo, entre normas programáticas e preceptivas. Ademais, pontuou que o fato de o Executivo Federal não regulamentar, por decreto, o valor atribuído à renda mínima, implicaria numa violação ao direito constitucional à cidadania, requisito necessário para concessão do pedido formulado em sede de Mandado de Injunção. Ademais, por entender que o direito assistencial previsto na Lei nº 10.835/2004 guarda semelhança com o benefício de prestação continuada (BPC), garantido pela Lei nº 8.742/1993, na medida em que ambos visam a garantia do mínimo assistencial, por analogia, o ministro colmatou a omissão do Executivo e fixou o valor do benefício assistencial em um salário mínimo.

³⁶⁶ A íntegra do julgamento pode ser consultada em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347414189&ext=.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2022.

³⁶⁷ Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Quanto a esse último ponto, o ministro Gilmar Mendes abriu a divergência, a qual consagrou-se vencedora, arrematando que não competiria à corte fixar o valor do benefício assistencial, papel esse cabível apenas ao Executivo Federal, levando em consideração à disponibilidade orçamentária e o impacto financeiro da medida nos cofres públicos. Nesses termos, a partir do voto divergente, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente o pedido formulado no Mandado de Injunção nº 7.300/DF para:

i) determinar ao Presidente da República que, nos termos do art. 8º, I, da Lei 13.300/2016, implemente, “no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022)”, a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza - renda per capita inferior a R\$ 89,00 e R\$ 178,00, respectivamente – Decreto 5.209/2004), devendo adotar todas as medidas legais cabíveis, inclusive alterando o PPA, além de previsão na LDO e na LOA de 2022; e

ii) realizar apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básico e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, unificando-os, se possível.³⁶⁸

Trazendo à baila as lições de Ramos e Miranda, expostas nos parágrafos anteriores, vê-se que o julgamento do Mandado de Injunção nº 7.300/DF versou sobre uma norma programática, e não uma preceptiva, na medida em que o exercício do direito pleiteado não dependia apenas de uma simples regulamentação legal, mas sim de um conjunto de ações do Executivo Federal, notadamente no que diz respeito ao seu arranjo orçamentário. Situação diversa, por exemplo, do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, que versaram sobre o direito de greve no serviço público, cujo exercício do direito caricia apenas de norma regulamentadora. Logo, à luz da doutrina exposta, verifica-se que no julgamento do Mandado de Injunção nº 7.300/DF, o STF avançou para além dos seus limites constitucionais, por admitir mandado de injunção contra uma norma programática, no que pese a sensatez em reservar ao Executivo a prerrogativa de fixar, mediante sua possibilidade orçamentária, o valor referente ao benefício assistencial de renda mínima.

Outro elemento caracterizador do ativismo judicial é uso inadequado do poder contramajoritário dos tribunais, o qual, segundo Freysleben,³⁶⁹ consiste na linha de pensamento

³⁶⁸ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **Mandado de Injunção 7.300/DF**. Rel: min. Marco Aurélio Mello. Redação para acórdão: min. Gilmar Mendes. Julgado em: 27/04/2021

³⁶⁹ FREYSLABEN, Márcio Luis Chila. **Globalismo e ativismo judicial**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 177.

que advoga a utilização do Poder Judiciário como forma de proteção das minorias contra os excessos e omissões das majorias. Assim, sendo os Poderes eleitos, Legislativo e Executivo, vulneráveis a pressões populares majoritárias, caberia o papel de defesa dos direitos fundamentais a instituições imunes a pressões eleitoreiras, notadamente o Judiciário. Desse modo, compete ao referido Poder assegurar a concretização dos direitos fundamentais de forma universal, ainda que isso encontre forte oposição na maioria da sociedade. Daí a alcunha “contramajoritária”, na medida em que é um poder judicialmente exercido, independentemente da ratificação das eventuais majorias políticas. Isso porque a Democracia, para ser válida, não pode apenas ser compreendida como um regime de sobreposição de vontades majoritárias. O seu escopo deve igualmente abarcar a proteção dos direitos das minorias, sejam elas quais forem.

Essa posição de independência, por vezes também vista como de indiferença, do Judiciário frente a opinião pública não está imune a críticas. Há setores consideráveis dentro do próprio Judiciário que alertam para o perigo democrático de um descolamento entre os sentimentos populares e as decisões judiciais, o que poderia, inclusive, causar uma deterioração na legitimidade do referido poder frente aos olhos da população.

Nessa toada, em uma conferência jurídica realizada em julho de 2022, a juíza da Suprema Corte dos Estados Unidos, Elena Kagan, pontuou que caso os tribunais, com o tempo, percam a conexão com os sentimentos populares, um perigo para a Democracia pode estar sendo construído. Todavia, a própria juíza adverte que a popularidade das decisões não pode ser a bússola empregada pelos julgadores ao decidir os casos que lhes são apresentados. Assim, mesmo quando for impopular, não pode o Judiciário se imiscuir de julgar determinada matéria. Ademais, acrescenta a magistrada, que a legitimidade das cortes e a sua confiança pública estão em sua forma de agir, notadamente distanciando-se de posturas que aparentem ser políticas ou partidárias, além de alterarem precedentes apenas em circunstâncias extraordinárias, mediante o emprego de métodos de decisão adequados.³⁷⁰

Abboud alerta para o fato de que a função contramajoritária exercida pelo Judiciário, em especial pelo STF, não significa necessariamente que devem os tribunais se oporem as majorias, mas apenas que eles têm o poder de contrariá-las quando isso for necessário para

³⁷⁰ BARNES, Robert. Kagan says questions of legitimacy risky for Supreme Court. **The Washington Post**. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/07/21/elena-kagan-supreme-court-legitimacy/>. Acesso em: 10 dez. 2022.

assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Afinal, de nada adiantaria a previsão de direitos e garantias constitucionais se o seu exercício estivesse condicionado ao escrutínio e discricionariedade das eventuais maiorias políticas. Por isso, o autor conclui que:

Destarte, a função contramajoritária do direito fundamental assegura, em última instância, a força normativa da Constituição e a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Do contrário, as posições minoritárias seriam perseguidas e, ao final, suprimidas. Vale salientar que o STF tem a obrigação de preservar a atuação contramajoritária de sua jurisdição a fim de assegurar a preservação dos direitos fundamentais e das minorias, mesmo quanto tal atuação possa contrariar a aparente vontade da maioria da população. Em outros termos, é possível afirmar que o direito fundamental somente será considerado trunfo contra a maioria se o Judiciário e, principalmente o STF, assumirem sua função contramajoritária.³⁷¹

Frise-se que não é toda decisão judicial contramajoritária que pode ser classificada como legítima, mas apenas aquelas tomadas com fundamento na Constituição. Isso porque, o poder contramajoritário não é outra coisa senão um mecanismo de autodefesa da própria Constituição, por meio do qual, pelas vias institucionais, é-lhe dado a prerrogativa de derrogar posições política e socialmente dominantes, quiçá hegemônicas, quando tais posições estiverem em rota de colisão com seus fundamentos. Isso porque a jurisdição constitucional não se sujeita a um juízo plebiscitário, nem podem os juízes se guiarem pelas maiorias ocasionais ao decidirem. Assim, vê-se que a legitimidade da função contramajoritária reside na supremacia da Constituição, e não numa faculdade particular dos juízes que eventualmente atuem na aplicação da jurisdição constitucional.

A contrario sensu, quando o afastamento judicial de decisões majoritárias, expressas por meio da legislação democraticamente promulgada, ou em atos administrativos do Executivo, ocorrer sem amparo na Constituição, estar-se-á diante de uma manifestação ativista e desvirtuada da função contramajoritária. Como já pontuado, o exercício do controle de constitucionalidade é contramajoritário por natureza. Portanto, para afastar uma decisão majoritária, ela deve estar necessariamente contaminada por algum vício de inconstitucionalidade. Logo, vê-se ser incabível a supressão de alguma norma compatível com a Constituição tendo por fundamento a função contramajoritária, a qual, não se pode olvidar, é um atributo da supremacia, pertencente à Constituição, e não aos juízes e tribunais.

³⁷¹ ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 477.

Não raro, como aponta Uliano,³⁷² as manifestações ativistas de sobreposição de decisões judiciais sobre decisões politicamente majoritárias se dão sob a influência do modelo de *adversarial legalism*, no qual grupos juridicamente organizados, como partidos políticos, propõem ações judiciais com vistas a reverter o resultado da votação de políticas públicas aprovadas nas instâncias políticas, fazendo com que haja uma substituição delas por outras elaboradas pelo Judiciário. Nesse modelo, o Judiciário não apenas atua como fiscal, mas como verdadeiro criador de políticas públicas, numa clara violação ao princípio democrático da separação de poderes. Por meio do *adversarial legalism*, há o uso sistemático e organizado dos tribunais por grupos de interesse como uma alternativa aos fóruns políticos, ou ainda, como um atalho ilegítimo para consecução de finalidades ideológicas estranhas ao legítimo exercício jurisdicional. Assim, acaba-se por comprometer a credibilidade judicial por meio de uma indevida politização, além de enfraquecer, por decorrência, os Poderes eleitos, na medida em que se provoca um enfraquecimento das decisões legislativas e executivas em favor das judiciais.

Por conseguinte, vê-se que o desvirtuamento da função contramajoritária opera uma espécie de Democracia às avessas, na qual a pretexto de garantir direitos de minorias, há uma sobreposição de interesses plurais, democraticamente aprovados nas instâncias políticas, além de uma concentração excessiva de poderes num único Poder, o Judiciário, em detrimento dos demais, que, para agravar a situação, não se sujeita ao escrutínio público eleitoral.

Um dos princípios catalisadores do uso indevido da função contramajoritária é a inexistência de um corte cartesiano entre as funções de legislar e interpretar, além do excesso de *standards* abertos (“pamprincipiologismo”) nas decisões judiciais, os quais, em decorrência da sua vagueza, podem servir de escape para a sua própria manipulação.³⁷³ Todos esses elementos concorrem para o ativismo judicial, na medida em que robustecem de forma indevida o Judiciário, dando-lhe o poder de não só anular políticas públicas maculadas por vícios de inconstitucionalidade, como também de criar ele próprio as políticas que julgar convenientes e mais adequadas, valendo-se do pretexto de concretização dos princípios constitucionais.

Portanto, vê-se que quando empregada de forma adequada, a função contramajoritária é um relevante instrumento para garantia da força normativa da Constituição e da dignidade

³⁷² ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 115-116.

³⁷³ Ibidem, p. 117.

humana, todavia quando empregada fora dos ditames constitucionais, logo, de forma ativista e equivocada, a referida prática configura uma violação ao regime democrático e a separação dos poderes, na medida em que substitui o espaço constitucionalmente reservado à deliberação política por uma imposição estatal oriunda de uma burocracia judicial não eleita.

À luz do exposto, contata-se que todas as características do ativismo judicial apontadas neste capítulo orbitam em torno de um núcleo central, a percepção da decisão judicial como fruto da vontade do julgador. Por isso, autores como Abboud, classificam o ativismo judicial como um sistema de pura discricionariedade, na medida em que a decisão passar a ser enxergada como um ato de escolha, e não de criação vinculada. Daí, a lapidar conclusão do autor:

Em suma, ativismo, em termos brasileiros, deve ser considerado o pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções. Daí nossa crítica à discricionariedade judicial, uma vez que é por meio dela que, atualmente, legitima-se a utilização das convicções pessoais do julgador, em detrimento das fontes normativas. Em consonância com o que afirmamos, o modelo teórico predominante de decisão, lastreado na vagueza do texto e na dicotomia casos fáceis/casos difíceis, lança mão da discricionariedade para decidir casos em que não há clareza normativa apta a solucioná-los. Assim, a discricionariedade judicial é a etiqueta posta nas decisões verdadeiramente ativistas, uma vez que a atuação discricionária se opõe à atuação vinculada ao direito.³⁷⁴

Desse modo, o enfrentamento do ativismo judicial passa necessariamente pelo reconhecimento da decisão judicial como fruto interpretativo constitucionalmente vinculado, não havendo espaço para escolhas judiciais discricionárias. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, decidir não é escolher, nem mesmo descobrir (*voluntas legis* ou *voluntas legislatoris*), mas sim um ato de criação normativa, atento tanto aos limites do texto legal/constitucional (programa normativo), quanto à realidade social (âmbito normativo).

3.3.3 Modalidades de ativismo judicial e críticas ao seu exercício

Tais quais sua conceituação e caracterização, as modalidades de ativismo judicial apresentadas pela doutrina são fartas. Neste tópico serão abordadas três delas, apontadas por Abboud: performático, messiânico e puramente consequencialista. Para além do aspecto doutrinário, o agrupamento das modalidades de ativismo em categorias distintas é útil para

³⁷⁴ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1503.

demonstrar como o referido fenômeno se desenvolve na prática judicial, de modo a melhor entender o seu funcionamento e seus efeitos práticos, para, com isso, melhor poder aplacá-lo.

Dado que o ativismo se caracteriza, primordialmente, pelo voluntarismo judicial e pelo distanciamento das amarras legais, semânticas e institucionais, cada modalidade de ativismo se desenvolve destacando um dos elementos caracterizadores do referido fenômeno. Todavia, todos eles guardam entre si elementos de comunicação, na medida em que compartilham um mesmo núcleo, a discricionariedade judicial.

A primeira modalidade de ativismo judicial a ser aqui abordada será o ativismo performático, o qual guarda conexão com a característica do “pamprincipilogismo”, isto é, o uso de expressões abertas como fundamento justificador das decisões judiciais.

A expressão “performática”, à luz da doutrina dos “atos de fala” de John Austin, pode ser traduzida como um enunciado desprovido de significação fixa, na medida em que não se refere a um ato ou fato demonstráveis. Ou, nas palavras do autor, *“they do not 'describe' or 'report' or constate anything at all, are not 'true or false’”*.³⁷⁵⁻³⁷⁶

Justamente por não terem um referencial determinado, a veracidade desses enunciados não pode ser racionalmente aferida. Assim, eles servem como uma espécie de carta curinga argumentativa, uma vez que seu objeto não pode ser confrontado com a veracidade daquilo que se argumenta. Por isso, Souza Filho³⁷⁷ sustenta que os enunciados performáticos, ao contrário dos constatativos, não são verdadeiros ou falsos em relação aos fatos com os quais se relacionam, sendo apenas bem ou malsucedidos a depender do contexto para o qual se propõem. Assim, segundo o autor, os argumentos performáticos não estão sujeitos a um juízo de veracidade, mas sim de felicidade. Logo, são impassíveis de controle racional, e em decorrência disso, são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

A elasticidade semântica dos enunciados performáticos é um dos principais vetores para propagação de decisões ativistas, justamente por seu conteúdo não ser aferível. Ao valer-se de algum deles, estará o julgador privando os jurisdicionados do dever de informação, além da

³⁷⁵ AUSTIN, John. **How to do things with words**: the William James lectures delivered at Harvard University in 1955.1. ed. Oxford University Press, 1962, p. 5.

³⁷⁶ Tradução livre: “eles não 'descrevem' ou 'relatam' ou constatarem absolutamente nada, não são 'verdadeiros ou falsos'.”

³⁷⁷ SOUZA FILHO, Danio Marcondes. A teoria dos atos de fala como concepção pragmática da linguagem. **Revista de Filosofia da Unisinos**. São Leopoldo, set./dez, 2006, p. 224.

segurança jurídica, na medida em que, por não ter uma conexão visível com determinado fato, o seu argumento não é demonstrável racionalmente, portanto, é irrecorrível. Assim, por exemplo, quando o magistrado julga determina matéria com base em fundamentos plásticos, como interesse público, justiça social ou dignidade humana, não há como rebater juridicamente a argumentação lançada, na medida em que ela não encontra eco num dado da realidade, mas num valor abstrato, o qual não se pode classificar como verdadeiro ou falso.

Os enunciados performáticos, em decorrência da sua indeterminabilidade, são costumeiramente empregados como fundamentos de decisões ativistas, isto é, emprestam uma aparência de juridicidade a argumentações discricionárias, fundadas no subjetivismo moral, religioso, ou ideológico do julgador, em detrimento das normas legais. Por meio deles, o juiz faz prevalecer o seu voluntarismo, todavia sob uma aura de legalidade. Assim, no dispositivo de suas decisões, o magistrado ativista não emprega expressões que denotem pessoalidade, ou partidarismo, como “decido com base naquilo que julgo adequado”, ou “tal situação está em (des)conformidade com minhas orientações político-ideológicas”.

Por meio dos enunciados performáticos, o juiz ativista faz prevalecer suas convicções pessoais, em detrimento da legalidade, porém de forma sutil e disfarçada, empregando soluções como, “tal medida judicial se faz necessária como garantia do interesse público e social”, “a referida decisão é fruto da vontade da Constituição e reflexo dos valores fundamentais da República”, ou ainda, “tal medida é adequada como forma de garantir a efetivação dos direitos humanos, indispensáveis à garantia do Estado Democrático de Direito”. Vê-se que os referidos enunciados apenas dão uma aparência de impessoalidade jurídica, àquilo que é, na verdade, pura pessoalidade ativista. Ou, por meio deles, como sustenta Abboud, “o intérprete julga de acordo com sua própria subjetividade e, para mascarar esse voluntarismo, os enunciados performáticos são lançados como elementos de suposta normatividade.”³⁷⁸

Na mesma direção, situa-se a advertência de Santos quanto ao uso de enunciados performáticos, como justiça, para fundamentar decisões judiciais:

O enunciado “decido para atender a um ideal de justiça”, não obstante possa se estruturar em quantidade maior ou menor de palavras, não diz absolutamente nada. Poderia, inclusive, ser sintetizado na fórmula “decido porque quero”. Esse resumo só não se opera porque, num Estado Democrático de Direito, não se admite que as funções públicas sejam realizadas conforme a vontade de quem as exerce, de forma

³⁷⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1534.

que decisão nenhuma poderia sobreviver se não fosse, ao menos, disfarçada de juridicidade, ou seja, fundamentada formalmente.³⁷⁹

Ademais, por não serem falsos, nem verdadeiros, esses enunciados são irrefutáveis, afinal, como poderia uma decisão judicial não ser reflexo dos valores constitucionais, da dignidade humana, ou do Estado Democrático de Direito? Assim, vê-se que o emprego de expressões performáticas retira o foco das decisões da disciplina jurídica, faticamente aferível, e o desloca para o campo dos valores abstratos, nos quais não há elementos da realidade para, racionalmente, discutir critérios de validade ou veracidade.

É óbvio que as decisões judiciais devem estar ancoradas na Constituição, nos valores democráticos, na justiça social e na dignidade humana. O ponto de inconformismo com os enunciados performáticos é que eles deslocam o campo de discussão do fato em julgamento para valores inoponíveis. Assim, em vez de discutir juridicamente a situação concreta apresentada, à luz dos textos legais, o juiz ativista emprega recursos retóricos para desviar o foco da argumentação, substituindo o debate jurídico por construções morais, quiçá, metafísicas, como justiça e dignidade, às quais ninguém pode razoavelmente se opor. Com isso, acaba-se por conduzir a decisão judicial para um perigoso terreno de incertezas e inseguranças, no qual impera não a lei, mas a indeterminabilidade de valores abstratos.

A abstratização de suas razões faz com que a fundamentação com base em enunciados performáticos seja meramente aparente, com isso não satisfazendo a exigência constitucional do art. 93, IX, da CF/88.³⁸⁰ Isso porque a fundamentação juridicamente adequada é traduzida na exposição dos motivos que levaram o juiz a decidir de determinada forma. Sem exposição de razões não há, por decorrência, a possibilidade de controle do ato decisório, abrindo azo a arbitrariedades. Portanto, ao se valer de enunciados performáticos, o julgador burla o dever constitucional de fundamentação, na medida em que substitui a exposição de razões jurídicas,

³⁷⁹ SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque dos. **O déficit democrático das decisões judiciais fundadas no critério de justiça**: a justeza como subterfúgio performático para o ativismo. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 115.

³⁸⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

racionalmente aferíveis, por expressões vazias de significação no mundo real, terminando por blindar sua decisão do controle das partes.³⁸¹

Outro desacerto no emprego dos enunciados performáticos é a velada coação promovida contra aqueles que discordam da decisão ativista proferida. Afinal, quando o fundamento de uma decisão é a promoção dos direitos humanos, a garantia da justiça social, a efetivação dos direitos fundamentais, ou a defesa do Estado Democrático de Direito, como poderia alguém a eles se opor? Por meio do emprego desse recurso de constrangimento moral, há uma privação do legítimo debate jurídico, na medida em que a discussão do caso, com suas limitações e implicações legais e fáticas, dá lugar a afirmação de valores contra os quais não se pode opor. Desse modo, ao questionar, por exemplo, a ilegalidade de uma decisão tomada ao arrepio da previsão legal, estaria o reclamante constrangido a recorrer de uma fundamentação teoricamente irrecorrível, afinal, como poderia alguém se opor a um fundamento consistente na dignidade humana, na cidadania ou na justiça?

A referida prática encontra eco naquilo que Piovezan³⁸² denomina de “corrupção da linguagem”, expressão que pode ser traduzida como a tentativa de alteração da realidade por meio de recursos retórico-linguísticos. Por meio dela, opera-se um processo sutil de transformação social, por meio do qual implementa-se uma determinada agenda, valendo-se do uso consciente e intencional da linguagem. Por exemplo, empregando-se de forma indevida técnicas hermenêuticas, como a mutação constitucional e a interpretação conforme. Ademais, vê-se que como os enunciados performáticos são completamente abertos, tornam-se ainda mais fáceis de serem empregados como instrumentos de promoção da transformação social pretendida por meio do processo apontado por Piovezan.

Dentre os muitos argumentos performáticos empregados em decisões judiciais, dois guardam especial importância para compreensão dos fenômenos do ativismo judicial e da expansão do Poder Judiciário: “a) há um déficit do Legislativo, logo, o Judiciário deve agir; b) o Judiciário não age de ofício, logo, uma vez provocado, ele deve dar sua resposta.”³⁸³

³⁸¹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1535-1536.

³⁸² PIOVEZAN, Cláudia. A corrupção da linguagem e a inconstitucionalidade da constituição. In: PIOVEZAN, Cláudia (Org.). **Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2021, p. 236-237.

³⁸³ ABBOUD, Georges, *op. cit.*, p. 1534.

Martins Filho³⁸⁴ classifica o emprego do primeiro argumento supracitado como um sofisma, cuja função consiste em animar juristas e julgadores a defenderem posturas ativistas por parte do Judiciário. Assim, valendo-se dele, há uma inversão na figura da inércia, na medida em que a legítima inação de um Poder, por vezes proposital, é empregada como subterfúgio para justificar a ação do Judiciário, um Poder passivo por natureza.

Nota-se o sofisma pelo fato de que essa aparente “inércia” constitui, na realidade, vontade política contrária à mudança pretendida pela via judicial: um silêncio eloquente. E o paradoxo maior é que o Poder Judiciário, caracterizado pela sua inércia ontológica, já que só pode atuar quando provocado, pretende substituir--se ao legislador, formulando opções políticas para as quais não recebeu mandato popular. Como um Poder técnico, com seus quadros formados fundamentalmente pela seleção em concursos, com a garantia da vitaliciedade e não sujeito ao controle do voto popular, pode se arvorar em representante do povo para reconstruir o direito à sua imagem e semelhança? Trata-se de voluntarismo jurídico incompatível com um regime democrático de direito.³⁸⁵

Inexiste no ordenamento constitucional vigente uma autorização abstrata que fundamente ações judiciais motivadas pela inércia, ou *déficit*, dos demais Poderes. Aliás, todos os três Poderes possuem deficiências funcionais no desempenho de suas competências típicas. Todavia isso, em absoluto, não autoriza que um Poder se arvore no direito de invadir a competência dos outros, sob o argumento de estar suprimindo uma omissão indevida. Do contrário, poderia o Congresso ou o Presidente da República tomar decisões em matéria de jurisdicional constitucional, sob o pretexto de haver inércia do STF em sentenciar casos pendentes de julgamento; ou mesmo poderia o Congresso indicar autoridades para composição de órgãos públicos, alegando mora do Presidente da República em efetuar as indicações que a Constituição lhe assegura. Assim, reputa-se como teratológico supor que o Judiciário possa preencher supostos *déficits* legislativos, sob o argumento de estar apenas agindo em decorrência do silêncio ou demora do Poder “omisso”.³⁸⁶

Desse modo, vê-se como preocupante declarações como a do ministro do STF, Ricardo Lewandowski, proferida no 11º Congresso Goiano da Magistratura, segundo a qual “o grande protagonista social do século XXI é o Poder Judiciário. Na inércia dos dois Poderes –

³⁸⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de poderes. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 194, ano 44, p. 21-27. São Paulo: Ed. RT, out. 2018, p. 26.

³⁸⁵ Ibidem, p. 26.

³⁸⁶ ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1534-1535.

Legislativo e Executivo – o Judiciário vai lá e resolve”.³⁸⁷ Ora, como leciona Ramos,³⁸⁸ as únicas hipóteses constitucionais de preenchimento de “vácuos jurídicos” são o mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), as quais se direcionam a casos específicos de ausência de edição de norma regulamentadora, constitucionalmente previstos. Os referidos instrumentos, contudo, não podem ser traduzidos como uma autorização abstrata para o preenchimento de *déficits* e omissões que o Judiciário reporte como convenientes, sob pena de convertê-los em indevidos instrumentos de promoção de ativismo judicial.

Igualmente descabido é o argumento performático, e legitimador do ativismo, segundo o qual o Judiciário só adentrou dentro da seara das competências dos demais Poderes porque foi provocado a isso e que, por decorrência, não haveria propriamente um avanço premeditado, mas sim uma resposta a uma provocação judicial, fruto do direito constitucional de ação. Segundo Abboud,³⁸⁹ o referido argumento é flagrantemente performático, na medida em que não pode ser valorado como verdadeiro, ou falso, nem consiste num referencial aferível nas razões jurídicas da decisão. Ademais, sustenta o autor que a indeclinabilidade da jurisdição não implica na obrigação de o Judiciário proferir decisões quanto ao mérito da questão apresentada, mas apenas que ele, uma vez provocado, é obrigado a dar uma resposta, a qual pode ser pelo não conhecimento do pedido. Afinal, decidir não se manifestar é também uma expressão possível e válida do exercício da jurisdição.

A supracitada posição, inclusive, já foi destacada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Injunção 6781,³⁹⁰ no qual a corte, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, empregou o referido argumento para negar provimento a uma ação constitucional que versou sobre a regulamentação do conceito de atividade de risco para fins de aposentadoria especial.³⁹¹

³⁸⁷ ASSIS, Deire. "Na inércia dos dois Poderes, o Judiciário vai lá e resolve". **Jusbrasil**, 2012. Disponível em: <https://asmego.jusbrasil.com.br/noticias/100148802/na-inercia-dos-dois-poderes-o-judiciario-vai-la-e-resolve>. Acesso em: 13 dez. 2022.

³⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

³⁸⁹ ABBoud, Georges, *op. cit.*, 2021, p. 1535.

³⁹⁰ A íntegra do julgamento pode ser consultada em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751044408>. Acesso em 13 dez. 2022.

³⁹¹ “A identificação da omissão inconstitucional do Poder Legislativo e sua colmatação pela via injuncional não podem ser indiferentes à autocontenção (*judicial self-restraint*) e à deferência do Poder Judiciário frente à atividade legislativa democrática. A par da necessidade de se caracterizar a mora legislativa, a intervenção judicial pressupõe uma cuidadosa ponderação entre os bens jurídicos em jogo.” (BRASIL. STF. **MI 6781 AgR**, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019, DJe-215, 02-10-2019).

Portanto, contata-se que não existe impedimento para que o Judiciário adote a postura de “decidir não decidir”, isto é, uma vez verificado que a matéria apresentada está contida no campo das atribuições internas dos demais Poderes, caberia ao julgador adotar uma postura de autocontenção (*self-restraint*), imiscuindo-se de proferir juízo de valor sobre matéria que seja atípica ao exercício das competências judiciais, velando, assim, pela repartição independente e harmônica dos Poderes.

De outra banda, o ativismo messiânico consiste numa autovisão heroica do juiz. Nela, o magistrado acredita estar imbuído de uma missão iluminista de levar e fazer justiça por meio da atividade judicial. Ou, nas palavras de Abboud:

Nessa modalidade de ativismo, a que chamamos de messiânico, o julgador assume a capa de herói para conduzir o restante dos mortais ao paraíso terreno. E que ele, abençoado, acredita poder enxergar o fim da história, com a lucidez de um profeta laico, filho esquecido do Iluminismo. O julgador messiânico, por enxergar além das contingências terrenas e das circunstâncias dos casos concretos, volta-se a um conhecimento que somente se iluminou para ele. Assim, como Raskólnikov, ele se sente à vontade para ignorar as regras legais da democracia constitucional, pois isso é necessário para alcançar um bem maior. Essa espécie de ativista é mais do que um juiz; é, antes de tudo, um agente transformador da história e um sacerdote do processo civilizatório. Em sua versão extremada, aos seus olhos, as regras do jogo democrático são apenas empecilhos, preciosismos dispensáveis.³⁹²

O ativismo messiânico é o reflexo mais candente da discricionariedade judicial, isso porque o julgador põe os fins os quais ele elegeu como fundamentais acima de toda legalidade, e na empreitada de concretização destes fins, ele emprega a discricionariedade como seu instrumento, substituindo o Direito por sua própria vontade, ainda que sob o subterfúgio de concretização de determinado princípio ou valor fundamental.

Nada há de errado em o magistrado, no desempenho de suas funções, perseguir fins nobres, como a concretização dos direitos fundamentais, desde que isso se dê dentro dos limites constitucionais. O ponto de inflexão para caracterização do ativismo e, portanto, de rompimento com a legalidade, dá-se quando o juiz ignora as regras jurídicas para poder conseguir o fim por ele almejado. Tratando o Direito como um mero adorno, quiçá um empecilho em sua missão de promoção da justiça, da igualdade, da liberdade, ou de qualquer outro valor que ele reporte como elementar. Assim, não são os fins nobres, inerentes à magistratura, que devem ser inibidos, mas as formas ilegais de persecução desses fins.

³⁹² ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1546.

O aspecto messiânico da modalidade de ativismo em estudo é reflexo de uma concepção segundo a qual o juiz é mais do que um servidor público, ou mesmo um agente estatal do mais alto nível. A referida nomenclatura se deve a visão do juiz como um agente transformador, ou mesmo, salvador, imbuído da missão não apenas de julgar, ou aplicar as leis, mas de fazer justiça, operando, por meio dela, uma redenção social. Daí a alusão feita por Abboud de que no ativismo messiânico o juiz troca a toga pela capa de herói.

O “heroísmo” do ativismo judicial está atrelado a uma noção particular de racionalidade, segundo a qual o juiz se confunde com uma espécie de sábio vocacionado a guiar a humanidade ao caminho da razão. Sucedendo que a “razão” perseguida pelo juiz ativista não é universal, mas sim a sua visão particular de racionalidade. Assim, ele age imbuído de uma suposta missão civilizatória, invadindo, não raro, a competência dos demais Poderes, apropriando-se de temas estranhos a suas atribuições constitucionais. Segundo Sponholz,³⁹³ isso se deve a percepção de que, no campo das discussões sociais, muitas questões reputadas como fundamentais levariam anos para serem equacionadas, ou mesmo não chegariam a ser aceitas pela maioria da população. Ademais, ainda que admitidas socialmente, tais questões teriam que passar pelo crivo político, levando anos de maturação até se transformarem em leis. Assim, por uma fórmula ativista, o Judiciário deveria ser usado como meio para agilizar essas transformações reputadas como cruciais, a despeito do amadurecimento social e político inerentes à Democracia.

Desse modo, encarando-se como um agente da racionalidade e do progresso, o juiz ativista se sente autorizado a empurrar a história no rumo das transformações que julgar socialmente adequadas. Nessa empreitada ativista, acrescenta Sponholz,³⁹⁴ o processo judicial acaba se transformando num território para o estrelato do “juiz intelectual”, o qual, além de não ter o dever de seguir a opinião pública, sente-se ainda autorizado a mudá-la ou corrigi-la à sua imagem.

A visão heroica do “juiz intelectual”, abordada por Abboud e Sponholz, guarda semelhança com a figura do “intelectual ungido”, desenvolvida por Sowell,³⁹⁵ segundo a qual haveria uma espécie de casta intelectual que se encara como detentora do saber e da

³⁹³ SPONHOLZ, Sandres. A balada dos onze ressentidos. In: PIOVEZAN, Cláudia. **Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2021, p. 57.

³⁹⁴ Ibidem, p. 59.

³⁹⁵ SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 250-251.

racionalidade, enxergando-se como vocacionada a corrigir os rumos sociais em direção ao progresso e à justiça. Observa Sowell, que essa visão não está restrita ao mundo puramente acadêmico, encontrando forte eco também no sistema de Justiça. Em análise do sistema judicial americano, o autor aponta que a figura do “intelectual ungido” está atrelada a visões coletivistas, especialmente em matéria constitucional, a qual possui um rígido trâmite de alteração formal, o que impõe severas restrições às possibilidades de “correção” social. Assim, diante das restrições formais impostas pela legislação democraticamente promulgada, o “juiz ungido” buscaria novos caminhos de correção social, relegando o texto legal a segundo plano.

Os que adotam a visão do intelectual ungido costumam se exasperar diante de tais restrições e usam seus talentos, incluindo artifícios retóricos, a fim de afrouxar as restrições das leis sobre os agentes governamentais. O que vale dizer que eles se esforçam por esvaziar as leis e sua identidade jurídica, subordinando-as às tomadas de decisão arbitrárias fortalecidas pelas elites. De fato, essa já é, há muito tempo, a direção tomada pelos intelectuais, os quais promovem tomadas de decisão coletivistas feitas por membros da elite, ao mesmo tempo que se formam agentes governamentais que buscam áreas de atuação cada vez mais largas para o exercício de seus poderes.³⁹⁶

O uso intelectual dos tribunais como mecanismo de implementação de agendas de cunho social não é recente. Sowell³⁹⁷ destaca que as bases intelectuais daquilo que convencionou-se chamar de “ativismo judicial” foram lançadas ainda em 1907 por Roscoe Pound, importante jurista americano, que mais tarde veio a se tornar reitor da Faculdade de Direito de Harvard, a mais importante academia jurídica dos Estados Unidos. Em suas obras, Roscoe Pound condenou aquilo que ele chamava de “jurisprudência mecânica” (*“mechanical jurisprudence”*),³⁹⁸ a qual ele entendia como um meio fracassado para responder às demandas sociais do país, conclamando a sua substituição por um novo sistema de justiça alinhado ao senso moral da comunidade e à justiça social. Seguindo os passos de Pound, Louis Brandeis, acadêmico americano nomeado para o cargo de juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS), também defendia em suas obras o papel dos tribunais como vetores de promoção das necessidades sociais, de modo a corrigir as mazelas advindas, sobretudo, do desemprego oriundo do avanço tecnológico e da capacidade produtiva. As obras dos dois autores serviram como pilar para fomentar a tradição intelectual do ativismo judicial coletivista, o qual entende que cabe aos tribunais o papel de promoção de direitos sociais, de modo a corrigir as desigualdades e injustiças econômico-sociais.

³⁹⁶ SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 251.

³⁹⁷ Ibidem, p. 256-258.

³⁹⁸ POUND, Roscoe. Mechanical jurisprudence. **Columbia Law Review**, v. 8, dez. 1908, p. 605-623.

A visão messiânica do Judiciário como instrumento de promoção de direitos sociais, contudo, não está imune a críticas. Sowell, por exemplo, pontua que a leitura ativista do sistema de Justiça, empregada por intelectuais coletivistas, pode acabar por degradar a própria credibilidade do Poder Judiciário, na medida em que o seu ativismo opera uma predação do Direito por valores e objetivos de uma determinada casta intelectual.

Os intelectuais tanto da era progressista quanto de tempos posteriores podem ter lido corretamente as tendências de sua época, para que o ativismo judicial movesse a justiça em direção aos objetivos e aos valores dos intelectuais. Porém, isso não é nem inerente nem inevitável. Se o princípio da livre condução judicial e da livre elaboração das leis se torna estabelecido e aceito, abarcando todo o espectro ideológico, então o balanço do pêndulo ideológico, no transcorrer do tempo, pode detonar uma guerra judicial de cada um contra todos, na qual o conceito fundamental de justiça pela lei é, em si mesmo, solapado juntamente da disposição das pessoas para se prenderem aos ditames arbitrários dos juízes. Enquanto isso, tomados pelo sofisma dos "resultados", os juízes acabam ridicularizando o próprio conceito de justiça sob o regime da lei, incluindo a Constituição dos Estados Unidos.³⁹⁹

A noção ativista de que, dado o atraso ou resistência nas instâncias eletivas em implementar agendas políticas reputadas como importantes pelas esferas acadêmica e intelectual, caberia ao Judiciário, enquanto Poder imune a pressões majoritárias, avançar essas agendas, ou nas palavras de Barroso, “empurrar a história na direção correta”,⁴⁰⁰ é alimentada pelo fenômeno da “criminalização da política”.⁴⁰¹ Essa, pode ser traduzida como a crença de que os Poderes eleitos, Legislativo e Executivo, estariam maculados por vícios de corrupção, seja ela política, econômica, ou mesmo moral, acarretando um *déficit* de legitimidade em seus membros, e que, em razão disso, caberia a instâncias alheias à política eletiva, notadamente o Judiciário, implementar as ações necessárias para empurrar a história na direção correta, isto é, a direção alinhada às convicções do juiz ativista.

Um dos resultados do fenômeno descrito acima é a transferência para o Judiciário do poder de decidir questões, *a priori*, a cargo dos demais Poderes. Zampieri⁴⁰² leciona que isso se deve tanto a questões técnicas, quanto políticas. No último caso, pontua a autora, que em boa parte essa transferência se opera mediante delegação, especialmente em matérias tidas como polêmicas, as quais possuem acentuado potencial de perturbar a estrutura tradicional do sistema

³⁹⁹ SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 261-262.

⁴⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set.-dez. 2019, p. 24-25.

⁴⁰¹ ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. **Conjuntura Austral**, Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 09-16, ago./st. 2016.

⁴⁰² ZAMPIERI, Natália. Criminalização da política e politização da justiça. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v.34, n.2, p.367-394, 2014.

partidário. Acrescenta a autora que essa delegação também está relacionada à moderna competição partidária, a qual está atrelada à influência dos meios de comunicação e ao controle político, a qual acaba servindo como um instrumento da oposição, de modo a constranger judicialmente o eventual governo, acabando por fazer do Judiciário uma espécie de instância de controle político, o qual, não raro, acaba por reverter em suas ações as decisões tomadas pelo Legislativo e Executivo.

Dentro da esfera da judicialização dos direitos sociais, matéria objeto do presente trabalho, uma das discussões mais relevantes diz respeito ao uso da tecnologia nas relações de trabalho, notadamente o exercido por meio de plataformas digitais, como é o caso do Uber. Nesse contexto, merece destaque o julgamento do Recurso de Revista (RR) nº 100353-02.2017,⁴⁰³ de relatoria do ministro Maurício Godinho Delgado, o qual deliberou pelo reconhecimento do vínculo empregatício entre os “motoristas de aplicativo” e a empresa Uber, especialmente quanto aos fundamentos principiológicos e filosóficos empregados no preâmbulo da fundamentação do acórdão.

De plano, o relator reconheceu a inexistência de regulamentação legislativa por parte do Congresso Nacional acerca do trabalho exercido pelos “motoristas de aplicativo”, todavia, a referida “omissão legislativa” não foi óbice para o enfrentamento da matéria apresentada ao Tribunal Superior do Trabalho.⁴⁰⁴

Em seu voto, o relator destacou o papel do Direito como um instrumento social, além do seu papel diante dos desafios impostos pelo avanço tecnológico, notadamente no que toca ao trabalho humano.⁴⁰⁵

⁴⁰³ A íntegra do julgado pode ser consultada em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submit=Consultar>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁰⁴ “Nada obstante, é inexistente a produção regulatória do Poder Legislativo do País sobre as questões de natureza trabalhista no âmbito as relações entre prestadores de serviço e empresas que utilizam as plataformas digitais. O enfrentamento dessa problemática pelas Cortes Trabalhistas, por outro lado, ainda não é significativa, notadamente no âmbito do TST, inexistindo uma jurisprudência pátria consolidada sobre o tema.” (BRASIL. TST. **RR 100353-02.2017**. 3ª Turma. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 07/04/2022, p. 35).

⁴⁰⁵ “É importante refletir, diante dessas complexas questões, sobre a função do Direito: cabe a ele manter-se, mesmo em face da revolução tecnológica e da inovação das formas de gestão da força do trabalho, como um instrumento de civilização, ou deve, ao invés – na linha exaustivamente instigada pelo pensamento neoconservador –, ser um passivo (ou, até mesmo, ativo) instrumento de exacerbação das desigualdades do sistema econômico propiciadas pela aplicação e manejo desregulados e darwinistas das tecnologias e suas múltiplas ferramentas?” (BRASIL. TST. **RR 100353-02.2017**. 3ª Turma. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 07/04/2022, p. 34).

Quanto ao campo de estudo do presente trabalho, merece destaque a argumentação lançada pelo relator sobre a necessidade de instrumentos jurídicos para serem projetados sobre as relações sociais, de modo a garantir o progresso civilizatório, em oposição às adversidades impostas pela perspectiva economicista, a despeito de inexistir tratamento legislativo sobre a questão levada a julgamento.⁴⁰⁶

Apesar da controvérsia principal do caso dizer respeito ao preenchimento dos requisitos da relação de emprego, previstos no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o preâmbulo histórico e filosófico desenvolvido pelo relator chama atenção pela sua visão do Direito enquanto elemento de promoção da civilização, além do papel inafastável do Judiciário nessa missão.⁴⁰⁷

Assim, sem fazer qualquer juízo de valor acerca do mérito da decisão prolatada no Recurso de Revista 100353-02.2017, é possível encontrar nele alguns elementos que guardam relação com a manifestação do ativismo judicial em estudo, notadamente o reconhecimento de que a ausência de regulamentação legal a respeito de determinado tema reputado como relevante, como é o caso do vínculo empregatício entre motoristas e a Uber, não pode ser empregado como óbice para atuação judicial, a qual, sob essa visão, deve ser encarada como um instrumento de avanço civilizatório.

Sob essa ótica, em razão da inércia legislativa em garantir proteção social à determinada camada vulnerável da população, no caso os trabalhadores de aplicativo, caberia ao Judiciário agir em seu favor, estendendo e adaptando os diplomas legais existentes às novas situações de vulnerabilidade, decorrentes do avanço tecnológico à disposição do capital. Raciocínio esse que, isoladamente, configuraria ativismo judicial, na medida em que estaria o Judiciário

⁴⁰⁶ “A verdade é que este momento histórico, de crises e transformações sociais, torna ainda mais clara a necessidade de um segmento jurídico com as características essenciais do Direito do Trabalho, o qual deve ser projetado sobre as relações sociais como instrumento de civilização e regulação do sistema econômico e social capitalista. Nesse contexto, enquadrarem os avanços tecnológicos nos interesses também das pessoas humanas – ao invés de, estritamente, no interesse do poder econômico – chama-se progresso civilizatório, constitucionalismo humanístico e social, em contraponto à desagregação e entropia estimuladas pelo unilateralismo das fórmulas de gestão concebidas sob a exclusiva perspectiva economicista e antissocial.” (BRASIL. TST. **RR 100353-02.2017**. 3ª Turma. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 07/04/2022, p. 34).

⁴⁰⁷ “Faz-se essa rápida digressão apenas para reiterar a justificativa histórica do Direito do Trabalho e compreender a permanente necessidade de sua projeção sobre todas as formas de prestação do labor humano oneroso como instrumento de avanço civilizatório, especialmente em momentos de relevantes modificações sociais e econômicas. A discussão destes autos, por demandar reflexão acerca de novas fórmulas de gestão da força de trabalho humano, deve ter como ponto de partida essa função civilizatória do Direito do Trabalho e o seu caráter expansionista.” (BRASIL. TST. **RR 100353-02.2017**. 3ª Turma. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 07/04/2022, p. 35).

regulamentando uma matéria, cuja competência constitucional pertence ao Legislativo. Todavia, como já apontado, o centro da fundamentação do Recurso de Revista 100353-02.2017 versou sobre o preenchimento dos requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, matéria estranha ao presente estudo, o qual se limitou aos argumentos históricos e filosóficos lançados no preâmbulo argumentativo do voto do relator.

Por derradeiro, a última modalidade de ativismo judicial a ser analisada neste trabalho diz respeito ao ativismo puramente consequencialista, o qual se caracteriza pela predação do Direito por um discurso economicista e cientificista, o qual substitui a autonomia do Direito por uma busca desmedida por eficiência nas decisões judiciais, consistindo, não raro, no produto de uma importação malfeita da doutrina americana de *law and economics*.⁴⁰⁸

Nessa modalidade de ativismo, assim como nas outras já abordadas, há uma prevalência do subjetivismo judicial, porém com um elemento justificador diferenciado, qual seja, a presença de um discurso cientificista de eficiência, por meio do qual a juridicidade cede espaço às alegadas consequências provenientes das decisões judiciais.

Abboud chama atenção para o fato de que o ativismo puramente consequencialista não se confunde com a doutrina do consequencialismo jurídico, o qual, nas palavras do autor, pode ser sintetizado como sendo a atenção com a:

(...) influência de ordem de efeitos que serão desencadeados pela decisão judicial na atividade intelectual do julgador. Analisar as consequências da decisão, no âmbito normativo, nada mais é do que uma vinculação do julgador não apenas com a coerência de suas decisões passadas, mas também em assegurar a integridade em relação ao futuro, mediante teste de universalização, a verificar se essa decisão é replicável e extensível em causas futuras que demandem o mesmo tipo de provimento judicial.⁴⁰⁹

Desse modo, vê-se que para a teoria consequencialista são os desdobramentos jurídicos/normativos que devem orientar o julgador em suas decisões, de modo a garantir a coerência interna de seus julgados, tanto no presente, quanto no futuro. De outra banda, o ativismo consequencialista aflora quando no lugar das consequências jurídicas, são consequências de natureza diversa, como econômica, política e moral, que passam a balizar as decisões judiciais. Sob esse prisma, o vetor a orientar o julgador deixa de ser as leis e a

⁴⁰⁸ ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1564.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 378.

Constituição para ser resultados alheios ao Direito, como estabilidade política, crescimento econômico, ou mesmo popularidade e aceitação social junto aos jurisdicionados.

Em matéria de direitos sociais, dada à resistência quanto a seus custos financeiros ao erário e à iniciativa privada, o ativismo consequencialista é ainda mais preocupante, na medida em que o discurso economicista, aparentemente científico e racional, pode ser empregado como subterfúgio ideológico para negar vigência a legislações sociais democraticamente promulgadas, em nome de uma alegada eficiência econômica. Desse modo, opera-se uma verdadeira inversão de valores, na medida em que a legislação social, cuja razão de ser é justamente garantir proteção social frente às liberdades econômicas, passa a ser ignorada para atender a interesses econômicos conflitantes com as normas de proteção social.

Não se olvida que o julgador não é um ser isolado da realidade social e econômica, na medida e que é ele também um indivíduo inserido na sociedade e, portanto, influenciado pelos mais diversos valores. Desse modo, é natural que elementos exógenos ao Direito influenciem o magistrado no desempenho de sua função jurisdicional, especialmente quando da análise dos possíveis impactos provocados por suas decisões. Aliás, o próprio Código de Ética da Magistratura⁴¹⁰ prevê ao juiz o dever de cautela.

Todavia, como observa Feiten,⁴¹¹ a atenção às consequências diretas e indiretas provocadas pelas decisões judiciais não autoriza o magistrado a julgar fora dos seus deveres constitucionais, sob pena de comprometer o legítimo exercício jurisdicional. Ademais, é defeso ao juiz perseguir uma agenda particular direcionada à criação ou alteração de políticas públicas e de normas cuja competência constitucional seja de outros Poderes. Isso porque, segundo o autor, exceder os meios disponíveis para conseguir determinado fim, como poderia ser extraído do consequencialismo, ainda quando bem intencionado esteja o juiz, tem por resultado inexorável a promoção generalizada de insegurança jurídica e de uma indevida ingerência judicial.

Afastar a vigência de determinada lei, tendo por fundamento as possíveis consequências não normativas advindas de sua aplicação, é uma prática ativista pois sobrepõe a vontade do

⁴¹⁰ Art. 25 Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

⁴¹¹ FEITEN, Ricardo José. O argumento consequencialista nas decisões do poder judiciário brasileiro. In: ZAKSZESKI, Elisângela Marli (Org.). **As diversas faces dos direitos fundamentais e da democracia**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 369.

juiz à decisão do legislador ou administrador. O juiz somente estará autorizado a negar vigência a um dispositivo normativo quando de suas consequências resultar um ato ilícito, por violação às leis ou à Constituição. A análise consequencial não tem o condão de transformar o lícito em ilícito, ou vice-versa; nem pode ser empregada como ferramenta judicial para adaptar a legislação, ou o ato administrativo, à forma que o juiz reportar como mais eficiente ou adequada. Portanto, vê-se que as consequências da decisão judicial, por mais indesejáveis que sejam, não têm o poder de invalidar as leis e a Constituição.⁴¹²

Uma das manifestações mais expressivas do emprego do argumento das consequências para fundamentar decisões judiciais se deu no bojo do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.363,⁴¹³ cujo objeto de impugnação foi a Medida Provisória (MP) nº 936/2020, a qual estabeleceu a possibilidade de redução salarial proporcional à redução da carga horária trabalhada, através de acordos individuais entre empregado e empregador, durante o período de estado de calamidade decorrente da pandemia da COVID-19.

Na contramão do previsto na MP impugnada, o artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal, prevê que só será cabível redução salarial mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho. Todavia, a maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do ministro Alexandre de Moraes, entendeu que a excepcionalidade vivenciada exigia uma leitura não literal da Constituição, sob pena de comprometer o emprego e a renda de milhões de trabalhadores em pleno pico da pandemia. Na fundamentação da decisão foram empregados inúmeros relatórios econômicos, os quais expressaram, dentre outras coisas, a brusca redução na atividade econômica, o número de trabalhadores já habilitados em programa de complementação de renda, os custos bilionários do Governo Federal em atender àqueles em situação de desemprego por decorrência da pandemia, além do impacto social decorrente da falência generalizada de empresas no país e a inviabilidade empregatícia disso decorrente. Ademais, argumentou-se que a exigência de aval das entidades de classe, por meio de convenção ou acordo coletivo, poderia inviabilizar o esforço político e econômico do Governo Federal em salvaguardar milhões de empregos, o que acarretaria prejuízos sociais ainda maiores. Pelas razões expostas, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou a cautelar

⁴¹² ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 381.

⁴¹³ A íntegra do julgamento pode ser consultada em: <https://www.youtube.com/watch?v=LFwWUDURyMQ>. Acesso em 04 jan. 2022.

pleiteada pelo partido Rede Sustentabilidade e manteve os efeitos da Medida Provisória nº 936/2020.

Outro ponto fulcral no que toca ao exame das consequências nas decisões judiciais diz respeito à sua verificabilidade, a qual deve ser atestada por provas técnicas, como a pericial e a documental. Assim, ao se valer do argumento consequencial, deve o julgador estar amparado em robusto lastro probatório apresentado pelas partes, não podendo o seu juízo estar fundado em probabilidades remotas e eventuais. Ademais, frise-se que as consequências objeto da análise judicial são apenas as jurídicas, como a garantia da integridade do direito e da segurança jurídica. Assim, devem ser excluídas do campo de análise legítima todas as possíveis consequências de ordem prática, como as econômicas e políticas, por mais indesejáveis que elas sejam.⁴¹⁴

Sob esse prisma, destaca-se o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.119/DF,⁴¹⁵ sob a relatoria do ministro Edson Fachin, a qual teve por objeto a impugnação da constitucionalidade do Decreto nº 9.685/2019, o qual dispunha sobre os requisitos para posse de arma de fogo no Brasil, o que, por decorrência, abrange o direito social à segurança pública.

De plano, o relator abriu a fundamentação do seu voto arguindo que a leitura constitucionalmente adequada às alterações promovidas pelo decreto impugnado, à luz das evidências científicas sobre a disseminação do uso de armas de fogo, eram no sentido de que elas atingiam o núcleo essencial do direito à vida, sendo, portando, incompatíveis com a Constituição.⁴¹⁶ Ademais, sustentou que, dado o contexto de alta violência e violação sistemática de direitos humanos no Brasil, deveriam as políticas de segurança pública estarem orientadas para otimizar o direito à vida e à segurança, de modo a mitigar os riscos provenientes do aumento da violência, o qual abarca não só a violência promovida pelo Estado, mas também a proveniente dos agentes privados.⁴¹⁷

⁴¹⁴ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 382.

⁴¹⁵ A íntegra do julgado pode ser consultada em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6119.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2023.

⁴¹⁶ “Com efeito, a leitura constitucionalmente adequada dos parâmetros de controle à luz das evidências científicas sobre a disseminação do uso e porte de armas indica que as alterações normativas atingem o núcleo essencial do direito à vida e são incompatíveis com a Constituição.” (BRASIL. STF. **ADI 6.119**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022, p. 08).

⁴¹⁷ “Em contextos de alta violência e sistemática violação de direitos humanos, como é o caso brasileiro, o escrutínio das políticas públicas do Estado deve ser feito de forma a considerar sua propensão a otimizar o direito à vida e à segurança, mitigando riscos de aumento da violência. Neste sentido, o dever de proteção à vida não se

Posteriormente, o relator levantou o questionamento central acerca da política pública de controle de armas: a facilitação de armas de fogo aumenta ou diminui a expectativa de violência? A qual de forma taxativa, ele afirma a primeira opção, concluindo que a maior circulação de armas de fogo implica numa consequente violação do dever de proteção do Estado.⁴¹⁸ Posteriormente, valendo-se do direito internacional dos direitos humanos, o relator afirma que o emprego de armas de fogo pelo Estado e, em casos excepcionais, pelos particulares, deve obedecer a critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação.⁴¹⁹ Por derradeiro, o ministro Edson Fachin destacou que a formulação de políticas públicas deve estar atenta às singularidades dos grupos populacionais vulneráveis. Nessa toada, destacou que a violência doméstica pode ser potencialmente ampliada caso haja um amplo acesso às armas. Acrescentou, à guisa de relatório conduzido pela professora Yakin Ertürk, que o acesso às armas é um vetor de reprodução de estereótipos masculinos violentos, os quais são a raiz de padrões de violação sistemáticas aos direitos femininos.⁴²⁰

Em exposição de dados estatísticos do Atlas da violência, o relator apregoeou que existe um consenso científico de que o aumento da circulação de armas de fogo é causa para o aumento da criminalidade e violência. Além de que, em matéria de direitos fundamentais, a violência armada é desproporcionalmente distribuída na população, atingindo, sobremaneira, grupos historicamente marginalizados, como negros e mulheres.⁴²¹ Assim, apelando à cientificidade,

esgota, apenas, no controle interno exercido sobre os agentes do Estado, mas se estende à capacidade do Poder Público — entendida a partir de uma expectativa razoável de cumprimento do dever por um sujeito responsável — de controlar os riscos gerados por agentes privados.” (BRASIL. STF. **ADI 6.119**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022, p. 17).

⁴¹⁸ Na presente ação, refinando em grau superior a pergunta jurídica que antes formulei, deve-se indagar se a facilitação à circulação de armas, na sociedade, aumenta ou diminui a expectativa de violência privada. Antecipando a resposta à qual me encaminharei, penso que se deve concluir pelo aumento do risco e consequente violação do dever de proteção pelo Estado.” (BRASIL. STF. **ADI 6.119**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022, p. 17).

⁴¹⁹ “Neste sentido, o direito internacional dos direitos humanos impõe ao Estado que as situações de emprego de armas de fogo por seus agentes e, em casos excepcionais, por particulares, obedeça à necessidade, à adequação e, por fim, ao triunfo inequívoco de determinado interesse juridicamente protegido sobre o direito subjetivo à vida.” (BRASIL. STF. **ADI 6.119**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022, p. 19).

⁴²⁰ “É preciso registrar, com especial preocupação, que esta política pública de segurança promovida pelo Estado deve também estar atenta às singulares vulnerabilidades a que estão sujeitos segmentos específicos da população. A violência doméstica, por exemplo, um grave problema brasileiro como apontam as condenações internacionais que o Estado já sofreu, é significativamente ampliada se houver amplo acesso às armas. Não por acaso, a COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS da ONU advertiu que o acesso às armas amplia o grau de violência doméstica (A/HRC/17/26/Add. 5). Em relatório conduzido pela professora Yakin Ertürk, Relatora especial para a violência contra a mulher, demonstrou-se que o acesso às armas reproduz estereótipos masculinos violentos que estão na raiz de padrões de violação sistemáticos aos direitos das mulheres.” (BRASIL. STF. **ADI 6.119**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022, p. 21).

⁴²¹ “O que se demonstra, claramente, no Atlas da Violência, sobretudo a partir de dados estatísticos extraídos da realidade brasileira, é que existe um consenso entre os cientistas sociais de que a maior quantidade de armas

de que as melhores práticas científicas atestam que o aumento de pessoas armadas diminui, e jamais aumenta, a segurança dos cidadãos,⁴²² o relator concluiu pela inconstitucionalidade dos dispositivos normativos impugnados na ADI 6.119/DF.

Já no julgamento da ADI 6.139/DF,⁴²³ conexa à ação supracitada, o relator, ministro Edson Fachin, reputou como inconstitucional o art. 3º, II, “a”, “b”, e “c” do Decreto nº 9.846/2019, o qual fixava o número máximo de armas permitas por cada grupo de pessoas enquadradas como “CAC” (coleccionadores, atiradores e caçadores). Na visão do relator, o quantitativo previsto no Decreto Presidencial era desproporcional e incompatível com a realidade fática e normativa do Brasil, além de não possuir guarida legal e empírica para fins de autodefesa.⁴²⁴

Ainda na temática do controle estatal das armas de fogo, inerente ao direito social à segurança pública, destaca-se a decisão proferida no bojo da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 772/DF,⁴²⁵ também sob a relatoria do ministro Edson Fachin. A referida ação teve por objeto questionar a constitucionalidade da redução da alíquota do imposto de importação de 20% para 0%, promovida pela Resolução GECEX nº 126/2020 do Comitê Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior, órgão vinculado ao Executivo Federal. Em seu voto, o relator adotou duas razões centrais para concluir pela inconstitucionalidade da medida. A primeira diz respeito à premissa de que a redução da alíquota seria um incentivo à aquisição de mais armas de fogo, o que, paralelamente,

circulando na sociedade dá causa a um aumento da criminalidade e da violência. Sublinha-se, ainda, fato extremamente relevante para a análise dos direitos fundamentais aqui envolvidos: o impacto da violência armada é desproporcionalmente distribuído na população, atingindo de maneira elevada grupos historicamente marginalizados, como mulheres e negros.” (BRASIL. STF. **ADI 6.119**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022, p. 34).

⁴²² “Com efeito, as melhores práticas científicas atestam que o aumento do número de pessoas possuidoras de armas de fogo tende a diminuir, e jamais aumentar a segurança dos cidadãos brasileiros e dos cidadãos estrangeiros que se achem no território nacional.” (BRASIL. STF. **ADI 6.119**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022, p. 35).

⁴²³ A íntegra do julgado pode ser consultada em: <https://static.poder360.com.br/2022/09/fachin-liminar-armas-6139.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2023.

⁴²⁴ “Ademais, os quantitativos relacionados a esta exceção não sobrevivem ao teste de proporcionalidade, porquanto atribuem-se aos CACs, sem o suporte de razões empíricas e normativas, permissão para adquirir um elevadíssimo número de armas de uso restrito: 10 armas para os coleccionadores; 30 armas de fogo para os caçadores; e 60 armas de fogo para os atiradores desportivos. Este valor é absolutamente incompatível com a realidade fática e a realidade normativa do Estado Brasileiro. O aumento vertiginoso de armas circulando em território nacional não encontra guarida nos direitos à vida e à segurança, nem tampouco possui premissas empíricas que possam suportar um possível direito de acesso às armas de fogo para fins de autodefesa.” (BRASIL. STF. **ADI 6.139**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022, p. 46-47).

⁴²⁵ A íntegra do julgado pode ser consultada em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1155751449/inteiro-teor-1155751618>. Acesso em: 11 jan. 2023.

implicaria numa maior circulação de armas, comprometendo, assim, à segurança pública, na medida em que, segundo as razões do relator, mais armas implicam em mais violência e menos segurança, premissa essa já trabalhada nos parágrafos anteriores.

Já a segunda razão empregada pelo ministro Edson Fachin foi de ordem econômica. Em seu voto, o magistrado argumentou que a redução da alíquota do imposto de importação era incompatível com a defesa do mercado bélico nacional.⁴²⁶ Ademais, sustentou que o impacto negativo na indústria bélica, promovido pela redução no valor da alíquota, não possuía fundamentos juridicamente relevantes para embasar a decisão político-administrativa do Governo Federal. Assim, o relator empregou como fundamento para justificar a inconstitucionalidade da Resolução GECEX nº 126/2020 o significativo risco de promoção da desindustrialização do país, como decorrência da facilitação da importação de armas de fabricação estrangeira,⁴²⁷ e da vulneração do mercado nacional.⁴²⁸

À luz do exposto nos três julgados acima (ADIs 6.119/DF e 6.139/DF e ADPF 772 MC/DF) é possível vislumbrar elementos que guardam conexão com aquilo que Abboud classifica como “ativismo puramente consequencialista”. De plano, frise-se que esta pesquisa não tem por espoco se debruçar acerca da melhor política pública sobre o controle de armas, nem sobre o (des)acerto do Poder Público em facilitar/difícultar o acesso da população a armas de fogo. Portanto, o objeto da presente análise não consiste no mérito das decisões relatadas pelo ministro Edson Fachin, mas apenas na busca por elementos nos votos do ministro que possam ser enquadrados como ativistas consequenciais.

⁴²⁶ “É inegável que a Resolução n.126/2020 do Comitê Executivo de Gestão da Câmara do Comércio Exterior (GECEX) tem por finalidade subjacente o fomento à importação de pistolas e revólveres, o que se constata, *in limine*, incompatível com a preservação do mercado interno, com foco setorial à indústria bélica, que já há alguns anos enfrenta desafios não só na ordem interna, senão também externa.” (BRASIL. STF. **ADPF 772 MC/DF**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 14 dez. 2020, p. 07).

⁴²⁷ “A iniciativa de reduzir a zero a alíquota do imposto de importação de pistolas e revólveres impacta gravemente a indústria nacional, sem que se possa divisar, em juízo de delibação, fundamentos juridicamente relevantes da decisão político-administrativa que reduz a competitividade do produto similar produzido no território nacional. Há significativo risco, portanto, de que ocorra desindustrialização, no Brasil, de um setor estratégico para o país no Comércio Internacional.” (BRASIL. STF. **ADPF 772 MC/DF**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 14 dez. 2020, p. 07).

⁴²⁸ “É inegável que, ao permitir a redução do custo de importação de pistolas e revólveres, o incentivo fiscal contribui para a composição dos preços das armas importadas e, por conseguinte, perda automática de competitividade da indústria nacional; o que afronta o mercado interno, considerado patrimônio nacional, conforme prescrito na ordem econômica constitucional, e causa não razoável mitigação dos direitos à vida e à segurança pública.” (BRASIL. STF. **ADPF 772 MC/DF**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 14 dez. 2020, p. 10-11).

Um dos marcos caracterizadores do ativismo em análise é o emprego de razões com autoridade científica para justificar uma decisão. Assim, foram fartas as ocasiões em que o relator se valeu de estudos e estatísticas para justificar que a ação política do Governo Federal em flexibilizar o acesso às formas de fogo está em rota de colisão com aquilo que ele classificou como “consenso científico”. Assim, o ministro se valeu de pesquisas e dados científicos, tanto no plano nacional, como os dados apresentados no Atlas da Violência; quanto no plano internacional, como relatório da Comissão de Direitos Humanos da ONU conduzido pela professora Yakin Ertürk, para sustentar sua posição de que a política do Governo Federal em facilitar o direito a armas de fogo possui consequências negativas para o direito social à segurança pública, além do próprio direito à vida.

À luz dos dados acadêmicos e científicos apresentados, concluiu o ministro Edson Fachin que, a seu juízo, mais armas importam em mais insegurança e violência, e não o contrário. Todavia, em 2019, ano em que entrou em vigor o Decreto nº 9.846/2019, o qual flexibilizou o acesso de armas de fogo no país, o número de novos registros de armas no Brasil teve um crescimento recorde de 24%, quando comparado ao ano anterior, 2018.⁴²⁹ Em contrapartida, no mesmo período, os índices de violência despencaram para sua mínima histórica, apresentando o número total de homicídios um considerável recuo de 19% em relação ao ano anterior, 2018.⁴³⁰

Independentemente do (des)acerto acadêmico-científico acerca das consequências resultantes da relação entre armas e violência, um processo judicial não é o foro adequado para deliberação acerca de qual política pública em matéria de controle de armas deve o Estado adotar. Esse tipo de questão é eminentemente política, e o seu local de fixação são os Poderes constitucionalmente eleitos: o Legislativo, na elaboração das leis, e o Executivo, na regulamentação da matéria, via decretos e demais atos complementares. Como visto, a declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo ou administrativo não pode estar fundada em suas possíveis consequências práticas, no caso das ações analisadas, o eventual

⁴²⁹ EXAME. Registro de armas no Brasil dispara sob Bolsonaro; foram cinco por hora. **Exame**, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-registra-cinco-armas-por-hora-para-pessoas-fisicas-em-2019/>. Acesso em: 05 jan. 2022.

⁴³⁰ G1. Número de assassinatos cai 19% no Brasil em 2019 e é o menor da série histórica. **G1**, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/14/numero-de-assassinatos-cai-19percent-no-brasil-em-2019-e-e-o-menor-da-serie-historica.ghtml>. Acesso em: 05 jan. 2022.

aumento nos índices de violência, mas apenas na sua incompatibilidade com o texto constitucional.

De igual modo, chama atenção o raciocínio desenvolvido pelo ministro, com base em estudos nacionais e internacionais, de modo a argumentar que o novo quantitativo de armas por pessoa previsto no Decreto nº 9.846/2019 (10 armas para os colecionadores; 30 armas para os caçadores; e 60 armas para os atiradores esportivos) está em desacordo com o princípio da proporcionalidade, notadamente quanto às exigências de necessidade e adequação. Porém, não se pode olvidar que inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer lei ou previsão constitucional que fixe o número máximo de armas permitido por indivíduo, cabendo essa prerrogativa à regulamentação do Poder Executivo, que o fez, por meio do Decreto nº 9.846/2019. Assim, ao se sobrepor ao mérito do quantitativo fixado pelo Executivo Federal, instituição competente para tanto, constata-se que houve uma substituição do juízo político feito pelo Executivo, motivada pelas eventuais consequências julgadas como desproporcionais pelo Judiciário.

Por derradeiro, é igualmente notável a argumentação econômica lançada pelo ministro Edson Fachin no reconhecimento da inconstitucionalidade da Resolução GECEX nº 126/2020, editada pelo Governo Federal, a qual reduziu de 20% para 0% a alíquota do imposto de importação sobre armas de fogo, tendo por fundamento a proteção da indústria bélica nacional (ADPF 772 MC/DF).

A Constituição Federal é clara quanto a prerrogativa do Poder Executivo em fixar a alíquota do imposto de importação (art. 153, § 1º, da CF/88)⁴³¹. Desse modo, como já fartamente exposto, as possíveis e eventuais consequências econômicas negativas advindas de um ato público não têm o condão de invalidá-lo. Isso porque a invalidade de uma norma só pode ser decorrência de sua incompatibilidade com outra norma que lhe seja hierarquicamente superior, e como sabido, consequência econômica não é norma e, portanto, não pode ser fundamento de declaração de inconstitucionalidade, por mais adversa e indesejável que ela seja. De igual modo, a política fiscal do país é uma matéria alheia ao crivo judicial. Logo, as políticas públicas para maior ou menor industrialização, elegidas como economicamente desejáveis,

⁴³¹ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

(...)

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

devem ser estabelecidas pelo governo democraticamente eleito, à luz das suas prioridades e agendas financeiras e tributárias, sendo defeso que um juiz substitua essa competência, fixando ele próprio os rumos fiscais da nação.

Por mais nobres que sejam as intenções judiciais, como a proteção do emprego e renda dos trabalhadores; a garantia da segurança pública e do direito à vida; a atenção especial a grupos vulneráveis, historicamente perseguidos e discriminados; ou mesmo a defesa da indústria nacional; elas não podem ignorar os meios constitucionais previstos para tanto, sob pena de fragilização e comprometimento das bases democráticas que alicerçam o Estado de Direito.

Ademais, a invalidação judicial de uma política pública deve ser medida de *ultima ratio*, cabível apenas em casos de irremediável ilegalidade/inconstitucionalidade, não podendo o julgador fazer uma leitura ideológica das normas e políticas públicas, para, com isso, sustentar uma invalidade aparentemente jurídica, seja por incabíveis argumentos principiológicos, ou ainda consequenciais e científicos.

Como aponta Abboud,⁴³² a discordância judicial em relação a determinada legislação não autoriza que lhe seja retirada a sua eficácia. Afinal, seria um alto risco à Democracia a permissão para que juízes aplicassem o Direito a partir de filtros ideológicos.

Na mesma toada, insere-se a advertência de Hirschl⁴³³ quanto ao que ele denomina de “tese da preservação hegemônica”, a qual pode ser traduzida como a transferência estratégica para o Judiciário do poder de decidir questões de natureza política, como as políticas públicas em matéria de direitos sociais, a partir da interação coordenada de importantes grupos de poder, formados pelas elites política, econômica e judicial, culminando numa substituição do regime democrático por uma “juristocracia”. Assim, sustenta o autor, serviria o Judiciário como uma espécie de garantidor de pautas hegemônicas dentro do núcleo da elite, fazendo com que essas preferências particulares sejam defendidas e impostas judicialmente, sobremaneira quando estiverem em desconformidade com a opinião majoritária dos cidadãos, expressada, por excelência, por meio da política eleitoral democrática.

⁴³² ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1548.

⁴³³ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 95-96.

À luz do exposto, e atento às advertências da doutrina e jurisprudência, vê-se que o Poder Judiciário possui um papel central no que diz respeito à fiscalização da elaboração e execução de políticas públicas, notadamente aquelas que digam respeito a direitos sociais. Nesse papel de fiscalização constitucional, a atividade judicial é eminentemente contramajoritária, na medida em que, caso seja cabível, ele deverá invalidar determinada política pública, e até mesmo impor sanções, em decorrência de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico. Todavia, o papel de guardião contramajoritário da Constituição não autoriza que o Judiciário substitua o mérito das decisões políticas elaboradas pelos membros dos Poderes eleitos, de modo a fazer prevalecer uma política pública que ele reporte como mais eficiente ou cientificamente mais adequada. Tampouco, poderá ele próprio criar e impor uma política pública, alegando a inércia do Poder constitucionalmente competente, sob pena de com isso comprometer o princípio democrático da separação dos poderes.

4 MECANISMOS INSTITUCIONAIS DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E CORREÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS ATIVISTAS

Uma vez abordadas no capítulo anterior as características e formas pelas quais o ativismo judicial se manifesta, versa o presente capítulo sobre alguns mecanismos institucionais que, de um lado, garantam a eficácia dos direitos sociais, entendidos como legítimas prestações judicialmente exigíveis, e, de outro lado, aplaquem as vias pelas quais aflora o ativismo judicial, entendido como uma degeneração do legítimo exercício da função jurisdicional.

4.1 Proporcionalidade e razoabilidade como técnicas judiciais para garantia da eficácia dos direitos sociais

Na doutrina pátria, costuma-se tomar proporcionalidade e razoabilidade como expressões sinônimas, ou ainda, como desdobramentos de um mesmo instituto, porém com origens diversas. Enquanto a primeira seria fruto do sistema *civil law* alemão, a segunda seria produto do *commom law* americano.

Khamis,⁴³⁴ contudo, leciona que as diferenças entre os dois institutos vão muito além de suas origens históricas e geográficas, na medida em que são inconfundíveis quanto à sua natureza e aplicabilidade. Enquanto a razoabilidade é um princípio extraído da racionalidade e da técnica prudencial da aplicação do Direito, com vistas a orientar o julgador à decisão mais racional e socialmente aceitável; a proporcionalidade é uma técnica voltada a solucionar o choque entre princípios e direitos colidentes.

Isso posto, passa-se agora a uma breve análise acerca do instituto da proporcionalidade, notadamente quanto às contribuições de Robert Alexy, e do seu emprego na efetivação dos direitos sociais pela via judicial.

O cerne da teoria da proporcionalidade proposta por Alexy nasce da necessidade em se diferenciar as duas espécies normativas: regras e princípios. Para o autor, esses consistem em mandamentos de otimização, já aquelas seriam mandamentos de definição, tendo ambos em comum o fato de serem formulados por meio de expressões deônticas.⁴³⁵

Em comento à distinção proposta pelo doutrinador alemão, Amorim aponta que:

Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.⁴³⁶

Os reflexos do modelo diferenciador proposto por Alexy vão muito além do âmbito meramente doutrinário e normativo da ciência do Direito. Eles se irradiam sobremaneira sobre a aplicação dos direitos fundamentais, na medida em que boa parte deles está expresso nas constituições na forma de princípios, e não como regras. Desse modo, as particularidades dos princípios, notadamente o seu meio de aplicação (ponderação), é de salutar importância no processo de garantia dos direitos fundamentais, isso porque ele apresenta uma forma mais contida de resolução de conflitos entre valores divergentes. Por isso, o desenvolvimento de uma

⁴³⁴ KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Da proporcionalidade à razoabilidade**: entre a técnica e o princípio. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 161.

⁴³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 141.

⁴³⁶ AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. p. 126.

teoria satisfatória para os direitos fundamentais não pode ignorar a necessidade de diferenciação entre regras e princípios, especialmente quanto a seus limites, hipóteses de colisão e o papel desempenhado por cada espécie normativa nos sistemas jurídicos. Portanto, não é exagero qualificar essa distinção como verdadeira pedra de toque na contemporânea teoria dos direitos fundamentais.

O principal motivo da relevância da diferenciação proposta por Alexy se dá quanto à forma de resolução de conflitos normativos. Isso porque, enquanto as regras empregam o mecanismo de subsunção, ou “tudo ou nada”, as colisões entre princípios são solucionadas pela ponderação. No mecanismo de subsunção há a sobreposição total de um mandamento sobre o outro, a partir dos critérios hierárquicos, cronológicos ou de especialidade. Assim, no choque de dois direitos consagrados como regras, haverá a imposição de um sobre o outro. De outro lado, na ponderação não há sobreposição de um direito colidente sobre o outro, mas apenas a prevalência, respeitando uma eficácia mínima do direito não prevalecente, de modo a impedir a sua anulação.⁴³⁷

Uma vez que grande parte dos direitos fundamentais está positivada na forma de princípios, a adoção do mecanismo de ponderação é de grande ajuda na manutenção de um grau ótimo de eficácia dos direitos, especialmente no caso dos direitos sociais, os quais, como já apontado, padecem, em regra, de grande desvantagem, em razão do seu alto custo direto de implementação. Assim, tomando a ponderação como o mecanismo adequado de resolução das colisões normativas, têm-se uma maior defesa dos direitos sociais. Por exemplo, em caso de colisão entre o direito à saúde e a autonomia administrativa, não há que se falar na anulação do primeiro em favor do segundo, na medida em que, por força da ponderação, devem haver cessões múltiplas entre os valores colidentes, só se podendo determinar a prevalência de cada valor no caso concreto.

Segundo Alexy,⁴³⁸ o choque entre direitos fundamentais pode ocorrer em sentido amplo ou sentido estrito. Têm-se a última situação quando o exercício de um direito por um indivíduo causa reflexos negativos em direitos de terceiros. Já a primeira situação é verificada no exercício de direitos coletivos, isto é, daqueles que não possuem uma titularidade específica,

⁴³⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 112-114.

⁴³⁸ ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 67-79, 1999, p. 68-71.

sendo compartilhado por todos, como é o caso dos direitos sociais à educação e à saúde pública. Com efeito, seja em caso de colisão em sentido amplo ou estrito, a solução adequada a ser empregada será a conectada à técnica da ponderação, só podendo concluir qual direito prevalecerá no caso concreto, uma vez que não há que se falar em hierarquia entre direitos fundamentais.

A técnica de ponderação, ou de balanceamento, integra a proporcionalidade, a qual é constituída por três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Alexy,⁴³⁹ o subprincípio da adequação opera por meio da regra segundo a qual é defeso que sejam tomadas ações que acarretem em gravames a um direito se para isso não houver um ganho ou benefício para outro direito. Assim, ele estaria atrelado ao meio empregado pelo aplicador do Direito com vistas à obtenção de um fim, o qual deve acarretar necessariamente num ganho para o direito pretendido. De outra banda, o subprincípio da necessidade pode ser traduzido na exigência de mínima lesividade de um direito sobre os demais. Desse modo, uma decisão será considerada como adequadamente necessária quando houver a opção por uma decisão que acarrete num menor grau de decaimento possível aos direitos preteridos no balanceamento. Logo, decisão necessária é sinônimo de decisão com a menor lesividade possível.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito se dá com o exercício da técnica do balanceamento, a qual é subdividida em três fases: na primeira há a fixação do grau de detrimento ao qual um direito D1 pode ser submetido; na segunda, determina-se a importância em se satisfazer o direito concorrente D2; na terceira e última fase, responde-se a questão de, com base nos fatos do caso concreto, a importância em satisfazer o direito D1 justifica o sacrifício imposto ao direito D2, ou vice-versa.⁴⁴⁰

Além de possibilitar a resolução de conflitos entre direitos fundamentais colidentes, por meio de um mecanismo de sopesamento racional, a técnica proposta por Alexy igualmente permite o estabelecimento de um meio-termo entre os atributos da vinculação e da flexibilidade dos direitos fundamentais. Essa característica é de grande valia em regimes jurídicos marcados

⁴³⁹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, jun. 2003, p. 06.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 06.

pela generosa presença de direitos sociais, como é o caso do Brasil. Desse modo, a ponderação serviria como forma de garantir que os direitos sociais não sejam escanteados para segundo plano, sob o argumento de serem normas programáticas ou condicionadas à discricionariedade orçamentária do Executivo, na medida em que sua flexibilização não pode olvidar a sua vinculação.⁴⁴¹

Essa última característica do modelo proposto pelo doutrinador alemão guarda particular importância para o processo de efetivação dos direitos sociais em países de baixa concretização do Estado social, como o Brasil. Desse modo, uma vez que os direitos sociais são fundamentais e constitucionalmente vinculantes, o seu descumprimento por parte do Estado pode ser alvo de judicialização, na medida em que sua flexibilidade, motivada pela progressividade de sua implementação, não pode se dar à mercê exclusivamente do juízo de prioridades da Administração Pública. Afinal, todo direito fundamental é exigível, ainda que sua plena efetivação possa ser construída paulatinamente, o que não é sinônimo de ser dolosamente retardada.

Apesar da robustez da teoria proposta por Alexy, ela não está imune a críticas. Nessa toada, parte considerável da doutrina, como Pulido,⁴⁴² costuma apresentar contra ela três objeções: falta de precisão, incomensurabilidade e impossibilidade de previsão de resultados, as quais serão expostas a seguir.

Segundo Pulido, a crítica da falta de precisão reside no fato de que a técnica proposta por Alexy carece de uma definição clara e de uma precisa estrutura jurídica, assemelhando-se mais a uma fórmula retórica ou de poder, do que necessariamente a uma técnica de aplicação do Direito. Ademais, ela não apresenta critérios objetivos que garantam uma correta pesagem na ordem de prevalência dos direitos colidentes pelo julgador. Em razão dessa vagueza, a ponderação traduz uma técnica vazia, por vezes tautológica, suscetível ao subjetivismo e ao empirismo do julgador, os quais são expressões da discricionariedade judicial, elemento incompatível com o sistema jurídico pós-positivista, como visto.

⁴⁴¹ ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 67-79, 1999, p. 78-79.

⁴⁴² PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. **Revista Española de Derecho Constitucional**. ISSN 0211-5743, Ano Nº 26, Nº 77, p. 51-75, 2006, p. 53-55.

No que toca à incomensurabilidade, o supracitado autor indica que a técnica da ponderação possui baixa racionalidade, uma vez que se guia na comparação de grandezas ontologicamente incomparáveis. Isso porque inexistente hierarquia ou uma métrica principiológica universal que permita ao julgador determinar, com precisão, qual direito deve prevalecer, uma vez que todo processo de balanceamento se dá com o choque entre valores distintos, como autonomia administrativa e direito à habitação. Assim, uma vez que inexistem valores ou pesos comuns para balizar o julgamento, o emprego da ponderação novamente abriria azo à discricionariedade judicial.

Por derradeiro, sustenta Pulido que a imprevisibilidade seria o fruto das suas objeções apresentadas acima. Isso porque inexistindo balizas ou critérios objetivos de julgamento, as decisões obtidas por ponderação recairiam sempre na discricionariedade do julgador, formando uma espécie de jurisprudência *ad hoc*. Essa, se por um lado fortalece o Judiciário como instância de poder, por outro, mina a segurança, coerência e generalidade do Direito.

Apesar da pertinência dos três questionamentos apresentados por Pulido, não é adequado concluir pela derrotabilidade da teoria apresentada por Alexy. Primeiramente, a pecha de irracionalidade não é justa, na medida em que tanto na ponderação (princípios), quanto na subsunção (regras) é possível a ocorrência de subjetivismo, marca maior do ativismo judicial. Isso se deve ao fato de que, após o paradigma pós-positivista não há que se cogitar em norma em abstrato, ou mesmo em que no texto já haja a solução abstrata para os casos apresentados ao julgador. De outra banda, a baixa objetividade, decorre da própria natureza dos princípios. Desse modo, tal característica deve ser enxergada como forma de adaptação do texto à realidade social, e não como um subterfúgio para ativismos judiciais.⁴⁴³

Nesses termos, vê-se que a maleabilidade da técnica de ponderação é um reflexo da própria abstratividade do seu material de trabalho, os princípios. Assim, a fim de conciliar a efetividade dos direitos sociais com a segurança jurídica e o respeito ao devido processo substancial, exige-se do julgador o emprego de uma argumentação racional, por meio da qual seja possível um controle externo de suas decisões, notadamente quanto à sua vinculação ao Direito.

⁴⁴³ CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. *Revista constituição e garantia de direitos*, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016, p. 151-152.

Como já apontado, enquanto a proporcionalidade é uma técnica voltada a solucionar o choque entre princípios e direitos colidentes, a razoabilidade é um princípio extraído da racionalidade e da técnica prudencial da aplicação do Direito, com vistas a orientar o julgador à decisão mais racional e socialmente aceitável. Isso posto, passa-se agora a uma análise da razoabilidade enquanto técnica jurídica para garantia da eficácia dos direitos sociais.

Segundo Soares,⁴⁴⁴ a razoabilidade inverteu a forma de se interpretar o Direito, deslocando o enfoque do texto da lei para o caso concreto. Assim, por meio dela, a norma adequada passou a ser vista como aquela que melhor se adapta ao caso concreto, e não aquela que melhor se enquadre na subsunção abstrata da lei. Por decorrência, o ato de decidir passa a ser eminentemente construtivo, na medida em que conecta a lei aos valores socialmente relevantes, com isso edificando um direito justo, porquanto, razoável.

Um dos principais desafios para materialização do ensinamento apresentado por Soares consiste na resolução da fórmula do que venha a ser um direito razoável. De plano, esclarece-se que inexistente uma fórmula perfeita para definir em abstrato quando o exercício de um direito, seja ele civil, político ou social, será razoável. Obrigatoriamente, toda investigação a esse respeito deverá levar em conta os fatores econômicos, informacionais e sociais envolvidos no caso em julgamento.

No caso dos direitos sociais, em razão dos seus custos diretos de implementação, o enquadramento de um direito como razoável deve se ater mais ainda ao capital estatal (não apenas financeiro) necessário para satisfazê-lo. Assim, a exigibilidade de um direito social em particular deve sempre estar atenta aos compromissos globais assumidos pelo Estado. Dito de outro modo, o enquadramento de um direito social como razoavelmente exigível perante o Estado deve levar em conta tanto as particularidades do indivíduo que o pleiteia, administrativa ou judicialmente, quanto de toda a comunidade impactada pelo deferimento desse direito.

Ademais, como destaca Khamis,⁴⁴⁵ a lógica do razoável pertence ao campo da *phronesis* (sabedoria prática ou prudencial), não podendo ser confundida com a racionalidade. Isso

⁴⁴⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 107-108.

⁴⁴⁵ KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Da proporcionalidade à razoabilidade: entre a técnica e o princípio**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 145-146.

porque, no campo da aplicação e interpretação do Direito, apenas a racionalidade não é o bastante, exigindo-se ainda a aceitabilidade social e o preenchimento do sentimento de justiça. Contudo, isso não pode ser interpretado como um salvo conduto à discricionariedade judicial, na medida em que a argumentação jurídica lançada pelo julgador em suas decisões deve estar calcada em parâmetros racionais. O ponto destacado aqui é apenas o da impossibilidade de se limitar uma decisão judicial a uma operação mecanicista, pautada em pilares apenas da razão, e desconectados da realidade social.

A lição acima é de grande valia no campo da efetivação dos direitos sociais, especialmente nos casos de alegada carência orçamentária por parte do Estado. À primeira vista, o entendimento judicial mais racional a ser empregado num caso que envolva limitação orçamentária vs. direitos sociais seria o de que a ausência de recursos públicos é um argumento racional para justificar a não prestação de um direito social. Todavia, como apontado por Khamis,⁴⁴⁶ além da racionalidade exige-se ainda a aceitabilidade social e o preenchimento do sentimento de justiça para que uma decisão seja qualificada como razoável. Assim, por exemplo, poderia o magistrado impor ao Estado o corte de outras despesas discricionárias, ou supérfluas, com vistas ao preenchimento dos outros dois elementos da razoabilidade, para com isso proporcionar a abertura de verbas para o custeio do direito social pleiteado.

Outro emprego da razoabilidade que merece atenção é o que diz respeito à sua exigibilidade individual quando confrontada com as legítimas expectativas sociais. Dito de outro modo, a razoabilidade também pode ser entendida como uma expressão de expectativas legítimas. Um dos mais importantes empregos dessa noção da razoabilidade pode ser extraído do icônico caso *BVerfGE 33, 303 (numerus clausus)*, julgado pela Corte Constitucional da Alemanha em 1972. Na referida situação, o tribunal entendeu que os direitos sociais não podem ser exigidos do Estado como se fossem prerrogativas subjetivas absolutas, desconectados da razoabilidade decorrente das expectativas legítimas da sociedade. Assim:

Mesmo que os direitos de participação não se limitem desde o início ao que está disponível em cada caso, eles estão, no entanto, sujeitos à reserva do que é possível no sentido do que o indivíduo pode razoavelmente reivindicar da sociedade. Esta é responsabilidade primordialmente do legislador, que deve também ter em conta outros interesses comunitários na sua gestão orçamental e, de acordo com a disposição

⁴⁴⁶ KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Da proporcionalidade à razoabilidade:** entre a técnica e o princípio. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 145-146.

expressa do n.º 2 do artigo 109.º da Lei Básica, ter em conta as exigências do equilíbrio económico global. (...) Por outro lado, qualquer mandato constitucional não obriga fornecer a cada candidato o lugar desejado a qualquer momento e, assim, fazer com que os investimentos onerosos no setor de ensino superior dependam exclusivamente da demanda individual, que muitas vezes oscila e pode ser influenciada por diversos fatores. Isso equivaleria a um mal-entendido de liberdade, que deixaria de reconhecer que a liberdade pessoal não pode ser realizada a longo prazo sem ser independente da funcionalidade e equilíbrio do todo e que um senso subjetivo ilimitado de direito às custas do público em geral é incompatível com a ideia do estado de bem-estar.⁴⁴⁷

Ademais, extrai-se ainda do referido julgado a lição de que a definição de um direito social como razoável deve levar em conta os reflexos globais da sua prestação. Afinal, é indevido que o Estado sacrifique a prestação de diversos direitos coletivos apenas para atender uma única demanda individual.

Apesar desses apontamentos, no julgamento de *BVerfGE 33, 303* a suprema corte alemã não se debruçou acerca de quais critérios seriam necessários para o enquadramento de uma prestação social como razoável. A posição é até prudente, na medida em que seria temerário se o tribunal tivesse criado uma fórmula abstrata para ser aplicada a todo direito social judicializado. Todavia, o tribunal alemão apontou ao menos um caminho a ser seguido: o dever do julgador de se atentar às necessidades do caso concreto. Assim, vê-se que não se pode falar na razoabilidade de um direito desconectado da realidade do caso concreto.

Com efeito, é importante destacar que a razoabilidade de uma prestação social não pode se pautar exclusivamente em seu custo financeiro. Assim, ainda que haja disponibilidade financeira do Estado, não é cabível se falar em obrigatoriedade de prestação de um direito social se ela estiver fora dos padrões de razoabilidade. Por exemplo, seria irrazoável obrigar que o Estado custeie benefícios de assistência social a pessoas ricas, somente pelo fato de haver disponibilidade orçamentária para arcar com esse tipo de gasto.⁴⁴⁸

Como já apontado, um dos critérios para definição da razoabilidade de uma prestação social são os seus reflexos para a comunidade. Dito de outro modo, a concessão de um direito social para determinada pessoa ou grupo não pode comprometer a prestação dos direitos sociais

⁴⁴⁷ ALEMANHA. *BVerfGE 33, 303 – numerus clausus*. 1972. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 28 mai. 2022.

⁴⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, out./dez 2007, p. 189.

das demais pessoas da comunidade. Essa foi a lógica usada pela corte constitucional alemã quando do indeferimento do pleito de vagas ilimitadas no ensino superior alemão:

(...) a tensão entre o indivíduo e a comunidade é decidida no sentido da relação comunitária e do vínculo comunitário da pessoa; O indivíduo deve, portanto, suportar os limites à sua liberdade de ação que o legislador prevê para a manutenção e promoção da convivência social dentro dos limites do que é geralmente razoável, desde que a independência da pessoa seja preservada. Estas considerações são particularmente válidas na área das bolsas de participação estatal.⁴⁴⁹

Apesar do custo financeiro para se prestar um direito social não ser o único critério na fixação da razoabilidade de uma prestação estatal, ele não pode ser ignorado pelo julgador. Interpretação diversa acarretaria na derrogação do princípio da igualdade, na medida em que se estaria a favorecer os grupos privilegiados que eventualmente judicializam determinada prestação e conseguem o deferimento da tutela social pretendida, em detrimento de toda massa alheia ao escopo subjetivo da referida decisão.⁴⁵⁰ Desse modo, o sistema judicial estaria a praticar uma verdadeira “inclusão exclusiva”, na medida em que o preço para incluir socialmente determinada pessoa seria excluir os demais membros da comunidade do amparo social do Estado.

Assim, vê-se que a liberdade individual de judicializar determinada prestação social não pode implicar na vulnerabilidade social da comunidade como um todo. A referida lógica foi empregada pela suprema corte alemã no julgamento de *BVerfGE 33, 303*:

(...) equivaleria a um mal-entendido de liberdade, que deixaria de reconhecer que a liberdade pessoal não pode ser realizada a longo prazo sem ser independente da funcionalidade e equilíbrio do todo e que um senso subjetivo ilimitado de direito às custas do público em geral é incompatível com a ideia do estado de bem-estar.⁴⁵¹

A partir dos breves apontamentos realizados acerca das técnicas judiciais de aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade, sem embargo das divergências doutrinárias quanto a semelhanças e diferenças entre os dois institutos, é possível traçar algumas contribuições do seu emprego judicial para efetivação dos direitos sociais: afirmação da impossibilidade de um

⁴⁴⁹ ALEMANHA. **BVerfGE 33, 303 – numerus clausus**. 1972. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 28 mai. 2022.

⁴⁵⁰ PIERDONÁ, Zélia Luiza. **O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 6042-6055, 2009, p. 6051.

⁴⁵¹ ALEMANHA. **BVerfGE 33, 303 – numerus clausus**. 1972. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 28 mai. 2022.

direito fundamental bloquear totalmente a eficácia do outro; exigência de se levar em conta as particularidades do caso concreto antes de se decidir; tomar a decisão menos gravosa possível em relação ao direito fundamental preterido; e a construção de decisões que além da racionalidade, levem em consideração a aceitabilidade social, o sentimento de justiça e os impactos sociais da prestação social judicializada.

4.2 A importância da análise do impacto econômico nas decisões judiciais concessivas de direitos sociais: o custo e a sustentabilidade dos direitos sociais

Na análise do ativismo judicial puramente consequencialista (item 3.3 deste trabalho) foi observado que as consequências econômicas derivadas de uma política pública, isoladamente, não possuem o condão de invalidá-la, por mais indesejáveis e impopulares que elas sejam. Apenas nos casos de incompatibilidade da política pública com as leis ou com a Constituição, portanto, quando se estiver diante de um ato ilícito, estará o Poder Judiciário autorizado a declarar a sua invalidade. Dessa forma, vê-se que não são as consequências práticas que determinam a (in)validade de uma política pública, mas sim a sua (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Se de um lado as consequências práticas, como as econômicas, não são marcos adequados para balizar o controle de legalidade pelo Judiciário; de outro, deve-se reconhecer que na fundamentação de suas decisões deve o julgador estar atento às consequências jurídicas. Isto é, ao exame de legalidade e constitucionalidade, o qual também abarca a coerência e a integridade do Direito.⁴⁵²

Sucedem que uma consequência econômica pode ser também, simultaneamente, uma consequência jurídica e, nesse caso, ser um elemento empregado pelo julgador na legítima fundamentação de suas decisões. Isso porque de uma mesma decisão, ou um de um mesmo instituto jurídico, pode-se extrair diversos desdobramentos, cujo enquadramento depende da análise do caso concreto. Assim, vê-se que juridicidade e Economia não são valores necessariamente apartados. Em verdade, em matéria de direitos sociais, eles muitas vezes

⁴⁵² ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 382.

andam juntos. Afinal, como pontuam Holmes e Sustain, em todo direito está embutido um custo orçamentário e social.⁴⁵³

No plano teórico, a aproximação entre Direito e Economia é objeto de análise de importantes escolas doutrinárias, as quais proporcionam uma nova leitura do Direito a partir da análise econômica, como a Escola da Análise Econômica do Direito (AEDI), mediante diferentes enfoques, como o da Escola de Chicago (*Law and Economics* – LaE), o Neoinstitucional (*Propert Rights*), o de Eleição Pública (*Public Choice*) e os Estudos da Crítica Jurídica (ECJ). Ademais, a doutrina econômica do Direito é fruto da contribuição das obras de importantes teóricos, como Ronald Coase, Guido Calabresi, Guido Alpa e Richard Posner.⁴⁵⁴

Quando se aborda a questão econômica em políticas públicas sobre direitos sociais, deve-se entender que se está tratando apenas das válidas. Isto é, das políticas compatíveis com as leis e a Constituição, na medida em que, como já abordado, a economicidade, quando desprovida de consequência jurídica, não é uma baliza para autorizar o Judiciário a invalidar uma política pública. Em contrapartida, em se tratando de políticas públicas válidas, deve necessariamente o julgador estar atento ao custo de suas decisões, na medida em que elas promovem consequências jurídicas no erário, responsável por custear os direitos de proteção social.

Portanto, vê-se que o argumento econômico possui dois enquadramentos distintos: de um lado, a Economia, isoladamente, não pode ser empregada pelo Judiciário para classificar uma política pública como inválida. De outro lado, em se tratando de políticas públicas válidas, deve o Judiciário se ater ao custo e ao impacto econômico de suas próprias decisões.

Um dos principais postulados da Análise Econômica do Direito (AED) é o da eficiência. Assim, ao importá-lo, visa a referida doutrina aplicar no Direito os padrões de resultado e qualidade almejados no campo econômico.

A eficiência possui previsão expressa na Constituição Federal (art. 37, *caput*), consistindo num dos princípios norteadores da Administração Pública. Assim, mais do que um postulado teórico no plano da dogmática ou da teoria geral do Direito, a eficiência deve ser enxergada como um vetor dirigente da atuação da Administração Pública, notadamente no

⁴⁵³ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 10.

⁴⁵⁴ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**, Florianópolis, n. 68, p. 261-290. Jun. 2014, p. 263.

plano de gestão orçamentária, voltado à consecução de fins lícitos, por meios lícitos, de modo a resolver os problemas de ordem jurídica atribuídos ao Estado.⁴⁵⁵

Galdino⁴⁵⁶ pontua que as novas formulações introduzidas pela leitura econômica do Direito fizeram com que ele passasse a ser encarado como mais uma engrenagem no complexo sistema de distribuição e aplicação de recursos sociais. Ademais, acrescenta que as normas jurídicas, tanto em sua criação legislativa, quanto em sua aplicação judicial, devem estar orientadas pelo critério da máxima eficiência. Sob essa perspectiva, o Direito funcionaria como um meio auxiliar e indispensável para acentuar a maximização da eficiência econômica, indispensável à sociedade liberal-capitalista.

Desse modo, vê-se que a leitura econômica do Direito, com destaque ao foco na eficiência, é um vetor de relevo na contemporânea dogmática jurídica pátria. Afinal, como apontam Gonçalves e Stelzer, “justiça e eficiência são metades da mesma verdade que se sobrepõem alternadamente ou se complementam ordenadamente”.⁴⁵⁷

O apelo aos juízes à atenção ao custo e à eficiência dos direitos sociais não visa, de modo algum, rebaixar esses direitos a uma subcategoria sem prioridade ou importância; muito menos, pretende dificultar a sua efetivação pela via judicial. O referido apelo visa apenas chamar atenção para o fato de que nada que custa dinheiro, como é o caso dos direitos sociais, pode ser tratado como absoluto. Afinal, como lecionam Holmes e Sustain:

Nenhum direito cuja garantia pressuponha um gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes poderá, no fim das contas, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem levar em consideração as consequências orçamentárias pelas quais os outros poderes do Estado são, em última análise, responsáveis.⁴⁵⁸

As decisões judiciais, por mais bem intencionadas que sejam, não possuem o condão de mudar os dados da realidade, dentre os quais está inserida a finitude dos recursos públicos.

⁴⁵⁵ CARVALHO JÚNIOR, José Anselmo de. **O direito e o custo dos direitos: análise das despesas do Estado brasileiro com ações e serviços públicos de saúde**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016, p. 83.

⁴⁵⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 243.

⁴⁵⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**, Florianópolis, n. 68, p. 261-290. Jun. 2014, p. 262.

⁴⁵⁸ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 77.

Desse modo, na atual quadra histórica, não há espaço para adoção de uma visão absolutista dos direitos sociais.⁴⁵⁹

Nessa esteira, Galdino⁴⁶⁰ defende que o conceito dos direitos deve ser pragmático, ou seja, deve estar calcado na atenção à realidade concreta, o que impõe a observância das condições de tempo e lugar, além das econômicas e financeiras. Assim, sustenta o autor que o direito não é um dado abstrato, mas uma situação ideal, reconhecida como tal, a partir das prioridades de cada sociedade.

Isso posto, vê-se que não é porque, em abstrato, determinado direito social está positivado na Constituição, ou em alguma lei; que isso autoriza o juiz a concedê-lo judicialmente de forma integral, ignorando o seu impacto orçamentário sobre os Poderes obrigados a arcar com os seus custos. Do mesmo modo, a concessão judicial de um direito não pode ignorar seus reflexos no custeio dos demais direitos. Assim, dada a finitude dos recursos públicos, os direitos sociais podem e devem ser relativizados e restringidos quando de sua concessão judicial, caso reste comprovada a sua efetiva necessidade.

Quanto a esse último ponto, a admissibilidade da restrição de direitos sociais, deve-se ter em conta a sua excepcionalidade, ou seja, dada a fundamentalidade dos direitos sociais, as medidas que impliquem na redução de sua prestação, ou mesmo no seu ritmo de implementação, só são admissíveis como medidas extremas, em casos de manifesta inevitabilidade, como decorrência de sua inadequação material com os recursos públicos disponíveis. Daí, a importância da transparência governamental, em relação aos gastos públicos e as receitas correntes, para que se possa, dentro do debate democrático, avaliar se estão presentes os pressupostos que demonstrem se as limitações impostas aos direitos sociais são legítimas.⁴⁶¹

Silva⁴⁶² pontua que o reconhecimento da finitude do orçamento e da capacidade do Estado em atender as demandas sociais que lhe são cobradas exige uma releitura do sistema de

⁴⁵⁹ TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos judiciais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015. p. 28-29.

⁴⁶⁰ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197.

⁴⁶¹ PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; FREIRE NETO, Lourenço de Miranda. Direitos sociais em tempos de crise: vedação ao retrocesso judicial e moderação judicial. **Revista Justiça e Direito**. v. 34, n. 1, p. 57-75, Jan./Abr. 2020, p. 64.

⁴⁶² SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. 1. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 106.

direitos fundamentais, no qual o diálogo com as estruturas sociais é o principal alicerce. Desse modo, segundo a autora, é fundamental o abandono de leituras absolutistas em relação ao modelo adotado para proteção dos direitos sociais, de modo a ajustá-los às novas condicionantes decorrentes da realidade fiscal. Daí, a conclusão da autora no sentido de que:

Independentemente dos rumos que o novo modelo possa tomar, o que é fundamental reter neste momento é a falta de legitimidade de um discurso centrado exclusivamente nas categorias e nos institutos tradicionais dos direitos económicos, sociais e culturais, mormente, na proibição do retrocesso social e na “reserva do possível”.⁴⁶³

Em posição análoga, Pierdoná, Francisco e Freire Neto⁴⁶⁴ apontam que a abordagem econômica do Direito possibilita a substituição de pensamentos estáticos e extremos, como a proibição de qualquer hipótese de retrocesso social, ou a implementação progressiva dos direitos sociais mesmo em tempo de crise financeira; por um modelo de proteção social sustentável e exequível, o qual visa compatibilizar a garantia dos direitos sociais com a eficiência socioeconômica.

O abandono de visões tradicionais absolutistas acerca dos institutos de aplicação e interpretação dos direitos sociais e econômicos, contudo não implica no menoscabo ou rebaixamento desses direitos dentro do campo de proteção dos direitos fundamentais. Mas apenas apontam para a premência de se desenvolver mecanismos de racionalização das prestações sociais, adaptando-as à necessidade de redução das despesas públicas. Por exemplo, eliminando aquelas consideradas como não essenciais dentro de um quadro de escassez de recursos públicos, ou ainda racionando as suas prestações, de modo a melhor atender à sustentabilidade financeira do Estado.⁴⁶⁵

Pensar políticas públicas para efetivação dos direitos sociais, assim, inclui necessariamente a preocupação com os gastos públicos e com as limitações fiscais, fatores esses que não podem ser ignorados pelos juízes em suas decisões. Não raro, a tutela judicial de um direito social implica na criação de uma obrigação com custo financeiro para o Estado, o qual está vinculado às estritas leis orçamentárias sobre o gasto público.

⁴⁶³ SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. 1. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 106.

⁴⁶⁴ PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; FREIRE NETO, Lourenço de Miranda, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁶⁵ TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos judiciais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015. p. 30.

A finitude orçamentária e as amarras legais do direito financeiro podem ter por consequência que, para cumprir uma decisão judicial para tutelar um direito social, o Estado acabe negligenciando vários outros direitos. Portanto, a judicialização dos direitos sociais não pode olvidar o binômio escassez e preterição, na medida em que a finitude dos recursos leva ao estabelecimento de prioridades pelo Executivo, quanto à eleição de qual política pública ou direito fundamental priorizar,⁴⁶⁶ prioridades essas que não podem ser alteradas unilateralmente por um juiz.

Uma das principais contribuições da análise econômica do Direito é o reconhecimento da importância da consideração jurídica acerca da escassez e das inevitáveis preterições de direitos dela decorrentes, o que implica na adoção de critérios de eficiência. Todavia, o reconhecimento da validade jurídica da análise econômica não implica num reducionismo economicista, o qual limite a análise jurídica a uma mera operação de eficiência quantitativa. Daí o alerta de Galdino⁴⁶⁷ no sentido de que, no campo do Direito, não há espaço para análises numéricas puramente abstratas, devendo a análise econômica do Direito estar subordinada a padrões morais de avaliação.

Na temática do custeio dos direitos fundamentais Sustain e Holmes⁴⁶⁸ apontam que não se pode olvidar que o orçamento público deve ser tratado de forma universal, englobando tanto os direitos negativos, quanto os positivos. Isso porque, independentemente do enquadramento geracional de um direito, ele, direta ou indiretamente, precisa de custeio público para existir. Assim, mesmo os direitos considerados negativos por excelência, como o de propriedade, demandam recursos públicos para o seu funcionamento. Por exemplo, através da repressão e coerção estatal contra invasores. Do contrário, tais direitos não passariam de meras previsões abstratas. Daí a conclusão dos autores de que todos os direitos, independente do seu enquadramento geracional, devem ser entendidos como bens públicos, ou ainda como serviços sociais administrado pelo Estado mediante o custeio dos contribuintes.

⁴⁶⁶ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4(2), p. 539-568, jul./dez. 2008, p. 540.

⁴⁶⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 247.

⁴⁶⁸ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 34-35.

Na doutrina pátria, Galdino⁴⁶⁹ igualmente destaca o papel indispensável do Estado para o reconhecimento e efetivação dos direitos. Destaca o autor que o desempenho desse papel só é possível mediante à captação de recursos financeiros junto aos contribuintes. Daí sua conclusão no sentido de que os direitos só existem onde há recursos orçamentários capazes de custeá-los. Acrescenta ainda o autor que os custos são indispensáveis para caracterização dos direitos, os quais devem ser entendidos como situações a que o Direito, mediante o financiamento público pelo Estado, concede determinados remédios jurídicos indispensáveis à sua expressão.

Não raro, a divisão dos direitos fundamentais em negativos e positivos serve como instrumento ideológico para garantia da prevalência de uma categoria de direitos sobre a outra. Assim, grupos politicamente ligados à tradição conservadora (Direita), com frequência, alegam que os direitos positivos, como os sociais e econômicos, são potencialmente infantilizadores e ocasionam uma relação de dependência dos indivíduos para com o Estado; ao passo que os direitos negativos seriam instrumentos de garantia da autonomia e da liberdade individual, livrando os cidadãos das amarras estatais. De outro banda, aqueles ligados à agenda política progressista (Esquerda) geralmente associam os direitos negativos, como o de propriedade, a um egoísmo imoral; ao passo que os direitos positivos são retratados por eles como expressão da solidariedade.⁴⁷⁰

Portanto, vê-se que o emprego classificatório de categorias de direitos fundamentais, como negativos e positivos, nem sempre está revestido de uma melhor forma de como abordá-los. Em alguns casos, como o descrito acima, as divisões dos direitos consistem, na verdade, em instrumento de politização, seja para defender uma maior atuação estatal na proteção de determinados direitos, seja para miná-la.

É disseminada a crença no campo político conservador de que os direitos negativos não demandam ações estatais, mas sim abstenções, daí a própria lógica na nomenclatura “negativos”. Para além de aspectos morais, dentro da referida premissa está embutida a crença de que a ausência de custo desses direitos implicaria em sua máxima proteção; ao passo que os direitos sociais, por serem positivos, portanto, por demandarem ações e recursos públicos

⁴⁶⁹ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

⁴⁷⁰ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 28-29.

diretos, não deveriam receber o mesmo tratamento jurídico.⁴⁷¹ Porém, como já apontado nos parágrafos anteriores, a referida premissa é equivocada, na medida em que todos os direitos fundamentais demandam recursos públicos para existir.⁴⁷²

Com efeito, a rejeição da premissa de que apenas direitos sociais são dispendiosos para o Estado não autoriza a desconsideração da análise do seu custo, tampouco implica na redução do comprometimento com a proteção dos referidos direitos. A aferição dos custos proporciona que seja dada maior qualidade às políticas públicas, permitindo que o gestor aloque de forma mais adequada os recursos financeiros do Estado, diante de um inescapável cenário de escassez e limitações materiais.⁴⁷³

A defesa da análise do custo dos direitos está longe de ser uma posição em favor da sobreposição da Economia sobre o Direito. A referida defesa, em verdade, possui vocação de defender todo o sistema de proteção de direitos fundamentais, entendido como uma universalidade jurídica. Para tanto, é indispensável a ciência de que de nada adianta a previsão de um direito, se faltarem os meios materiais necessários para o seu gozo. Daí a salutar lição de Holmes e Sustain no sentido de que:

Um estudo da situação fiscal dos direitos está longe de ser mero economicismo; pelo contrário, é um empreendimento fundamentalmente político. A atenção ao custo dos direitos nos obriga a ver o bem público de maneira ampla, e não estreita; nos impede de resolver os problemas sequencialmente, na medida em que vão chamando a nossa atenção, e nos força a propor “pacotes” de soluções a uma larga gama de problemas sociais. Acima de tudo, evidencia o quanto os investimentos públicos – avaliados e realizados coletivamente – são indispensáveis. Ou seja, o estudo dos direitos não reflete de maneira alguma uma adoração cega dos resultados de mercado; pelo contrário, tem o objetivo de estimular uma formulação prudente de políticas públicas.⁴⁷⁴

Na mesma direção, Galdino⁴⁷⁵ leciona que a análise do custo dos direitos e a adequada aplicação da teoria da análise econômica do Direito não podem estar alicerçadas na prevalência de uma racionalidade puramente econômica, sob pena de submeter o Direito à tirania do dinheiro. Desse modo, os postulados econômicos, para se adequarem ao sistema de direitos fundamentais, devem ser aplicados com vista a almejar a melhor eficácia dos direitos, e não os

⁴⁷¹ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 189.

⁴⁷² HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019p. 34-35.

⁴⁷³ GALDINO, Flávio, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁷⁴ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass, *op. cit.*, p. 190.

⁴⁷⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 249.

recursos a eles atrelados, na medida em que não são os direitos que devem servir ao capital, mas o contrário.

Se de um lado a atenção aos custos dos direitos implica numa busca por eficiência na prestação dos serviços públicos, conjugada com a disponibilidade orçamentária do Estado, de outro, é preciso ter em conta que a eficiência perseguida deve se dar dentro dos limites fixados pelo Estado, atendendo ao mínimo ético legal (MEL), postura essa denominada de princípio da eficiência econômico social (PEES).⁴⁷⁶

Segundo o referido princípio, devem os agentes públicos elaborar e aplicar as normas de forma economicamente eficiente, maximizando os resultados esperados quando da adjudicação de direitos e obrigações, atentando-se para o caráter recíproco das ações e interesses; ao mesmo tempo em que devem levar em consideração os reflexos sociais e o custo externo imposto à sociedade presente e futura, considerada em sua totalidade, de modo a serem compensados os eventuais prejuízos impostos pelo ganho presente dos agentes envolvidos. Assim, vê-se que o princípio da eficiência econômico social (PEES) leva em consideração tanto variáveis de cunho social, quanto temporal/geracional, de modo a garantir que o cálculo relativo ao custo dos direitos reflita a realidade dos benefícios auferidos quando se sacrifica determinados bens ou serviços, levando-se em consideração a totalidade dos agentes envolvidos.⁴⁷⁷

Fora as hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade e os remédios constitucionais coletivos, a atuação judicial é eminentemente individualizada e concentrada. Isto é, ela diz respeito apenas ao caso concreto submetido ao crivo judicial e às suas partes. Todavia, em matéria de direitos sociais, a regra é que os efeitos da decisão extrapolem os limites do processo, na medida em que, caso seja julgada procedente, a ação impactará o erário público, o qual é universalmente responsável pelo custeio de todas as políticas públicas do Estado. Daí o apelo da análise do custo dos direitos no sentido de que, ao julgar, deve o juiz se atentar não apenas às particularidades do caso que lhe seja apresentado, mas também aos seus reflexos, especialmente quando eles impactarem no custeio de outros direitos fundamentais.

⁴⁷⁶ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**, Florianópolis, n. 68, p. 261-290. Jun. 2014, p. 272.

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 273.

Por lidarem eminentemente com casos particulares e individualizados, os juízes não têm a expertise necessária para deliberarem acerca das urgências e necessidades mais prementes do sistema de proteção social. Em razão da limitação de horizontes, inerente à vinculação aos casos concretos que lhes são apresentados, carecem os juízes de uma visão geral sobre o amplo espectro de necessidades sociais conflitantes, além da rubrica orçamentária adequada para custear cada uma delas da forma mais eficiente. Assim, embora não se negue a capacidade e competência técnica dos magistrados para identificar violações a direitos, falta-lhes, em regra, capacidade e conhecimento para decidir de que forma devam ser os recursos públicos administrados e para quais prestações sociais devam eles ser destinados.⁴⁷⁸

Com isso não se quer dizer que os juízes devem, liminarmente, julgar como improcedentes todas as ações que pleiteiem a concessão de determinado direito social, apelando para o seu alto custo, ou ainda argumentando que a sua (não)prestação é matéria exclusiva para deliberação dos gestores públicos. O reconhecimento das limitações judiciais para decidir acerca de direitos sociais, e políticas públicas em geral, decorre do fato de que, muitas vezes, a garantia ou adjudicação de determinado direito não depende somente do Judiciário. Assim, para remediar as violações passadas a direitos e impedir as futuras, os tribunais dependem da cooperação de órgãos do Executivo, os quais, operam continuamente num cenário de limitação e escassez financeira.⁴⁷⁹

Ademais, dado que os direitos sociais têm custos e que sua efetivação depende de ações positivas por parte do Estado, as decisões judiciais devem se atentar inevitavelmente para a realidade orçamentária dos cofres públicos. Outrossim, não há como falar em despesa pública sem antes considerar a necessária autorização para realização dos gastos, os quais devem se dar em conformidade com a Lei Orçamentária Anual (art. 167, I e II da CF/88),⁴⁸⁰ na medida em que não possui o gestor público a possibilidade de efetuar despesas para além e fora do alcance daquilo que foi preconizado pela legislação financeira.

Desse modo, vê-se como inócuos o reconhecimento e a adjudicação de determinado direito social pela via judicial, se inexistir no orçamento do Executivo, Poder responsável por

⁴⁷⁸ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 190.

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 75.

⁴⁸⁰ CARVALHO JÚNIOR, José Anselmo de. **O direito e o custo dos direitos:** análise das despesas do Estado brasileiro com ações e serviços públicos de saúde. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016, p. 90.

cumprir a decisão, espaço financeiro para custeá-lo. Ou ainda, a condenação proferida em um caso concreto, caso ignore a realidade orçamentária do ente ou órgão destinatário da condenação, pode até mesmo aplacar a prestação de outras prestações sociais, ou ainda comprometer o funcionamento institucional da entidade destinatária da determinação judicial. Daí a advertência de Holmes e Sustain no sentido de que:

Nenhum direito cuja garantia pressuponha um gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes poderá, no fim das contas, ser protegido unilateralmente pelo poder judiciário sem levar em consideração as consequências orçamentárias pelas quais os outros poderes do Estado são, em última análise, responsáveis.⁴⁸¹

A compreensão acerca da escassez dos gastos públicos não é uma inimiga, tampouco é um simplório argumento ideológico para restrição ou denegação de direitos. Pelo contrário, a análise da relação custo-benefício, decorrente da escassez, consiste num instrumento eficaz de promoção de transformações sociais positivas, ou ainda, numa justificativa para o próprio Direito.⁴⁸² Isso porque o reconhecimento das limitações exige dos três Poderes da República a adoção de uma postura universalizante, a qual enxergue o sistema de prestação social como um todo, atentando-se tanto para as necessidades e urgências presentes, quanto para as futuras.

Quando o Poder Judiciário profere decisões em matéria de políticas públicas desconsiderando os seus reflexos econômicos e sociais sobre o ente público responsável por arcar com os custos, corre-se o sério risco de com isso comprometer a saúde econômica do Estado, a proteção de outros direitos negativos e positivos e, mesmo, o princípio democrático da separação de poderes. Portanto, deve sempre o juiz, ao julgar determinada causa, atentar-se para as necessidades envolvidas.

Se é inegável reconhecer que o direito é objeto cultural, porque criado pela natureza humana e para atender humanas necessidades, não menos é compreender que o aplicador do direito deve, necessária e obrigatoriamente, realizar a tarefa judicante tomando por parâmetro as carências e as necessidades dos destinatários das normas jurídicas. Não fosse assim, teríamos de reconhecer, tristemente, que o magistrado encontra-se acima do bem e do mal, convertendo-se em autêntica divindade e dotado de onisciência.⁴⁸³

Não se pode olvidar que a judicialização dos direitos sociais, ou a concessão judicial de um direito, não configuram, isoladamente, ativismo judicial; mas apenas o legítimo e regular

⁴⁸¹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 77.

⁴⁸² GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 252.

⁴⁸³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. A. 7, n. 27, p. 243-267, abr./jun. 2008, p. 246.

exercício da atividade jurisdicional do Estado. Portando, em abstrato, não se pode falar que submeter determinada prestação pública ao crivo do Judiciário, ou o seu deferimento judicial, são posturas ilegais. Situação diversa ocorre quando o julgador extrapola suas limitações institucionais, e substitui a criação do Direito, pela criação de direitos.

Segundo Pierdoná e Carvalho,⁴⁸⁴ a expressão “criação do Direito” traduz o processo hermenêutico de interpretação dos textos legais, portando, de criação das normas. Ademais, acrescentam as autoras:

(...) criação e interpretação não são, em essência, atividades tão distintas. Evidenciam fases de um mesmo processo. A criação está contida no complexo processo interpretativo. A tarefa de captar o sentido, o alcance e o significado de dispositivos constitucionais e outros que deles derivam e comum a ambos os expedientes, até mesmo naqueles casos onde inexiste normatividade expressa, ou naquelas hipóteses de antinomia, nas quais duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, colidem, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso concreto.⁴⁸⁵

Em contrapartida, a “criação de direitos” seria uma expressão do ativismo judicial, caracterizada pela indevida burla às ausências de previsões legais, denominadas por Norberto Bobbio de “lacunas ideológicas”. Assim, por meio da referida prática, o juiz ignora o silêncio do legislador, em muitos casos proposital, e “cria” ele próprio os institutos que achar adequados, a despeito da carência de previsão legal, ou ainda, da sua incompatibilidade com o texto legal/constitucional.⁴⁸⁶

As políticas públicas legalmente previstas possuem um espaço previamente determinado na lei orçamentária do seu respectivo ente responsável. Todavia, quando há a ampliação judicial dessas políticas, tem-se por consequência a quebra da segurança jurídica e da previsibilidade, na medida em que se surpreendem os gestores públicos com novos gastos não previstos quando da elaboração do orçamento. Desse modo, a “criação judicial de direitos” não apenas afronta a competência para instituição de políticas públicas, como também solapa a previsibilidade e a segurança jurídica, necessárias para o regular exercício das ações estatais.

A alegação judicial de proteção igualitária dos direitos fundamentais, ainda quando eles possuam previsão legal, não pode olvidar da priorização a eles dada pelos gestores públicos, os

⁴⁸⁴ PIERDONÁ, Zélia Luiza; CARVALHO, Verbena Duarte Brito de. Criação “do direito” e criação “de direitos”: a diferença entre interpretação e ativismo judicial e respectivas consequências. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Belém, v. 5, n. 2, p. 78-92, jul./dez. 2019, p. 80.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 80.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 82-83.

quais agem segundo critérios de seletividade política. Assim, a atenção aos custos serve também para entender por que determinados direitos se chocam com outros, isto é, por que o Estado decidiu investir e priorizar politicamente uma agenda social, e não outra.⁴⁸⁷

A seletividade das escolhas, que possui natureza política, não implica na aceitação tácita de uma mercancia dos direitos fundamentais. Isso é, a implementação das escolhas políticas sobre determinado direito não pode se dar exclusivamente com base em seu valor financeiro. Por exemplo, fornecendo apenas serviços de baixo valor, e previamente negando outros de custo mais elevado. Todavia, apesar de não serem mercadorias, as prestações públicas se dão mediante critérios de seletividade, na medida em que o custo final de um direito deve ser levado em consideração quando confrontado com todos os demais. Nesse sentido, é a lição de Holmes e Sustain:

(...) com o aumento do preço, a imposição dos direitos necessariamente se torna mais seletiva. Para obter bens e serviços que custam caro, temos de abrir mão de outras coisas de valor. O mundo do valor é complexo, e o mundo das possibilidades disponíveis é maior que o mundo das codisponíveis, ou seja, daquelas que estão disponíveis ao mesmo tempo. Não há nada de cínico nem de degradante em admitir esse fato ou reconhecer que ele se aplica não somente às mercadorias comuns, mas também aos direitos básicos. É claro que não decorre daí que os direitos devam ser lançados juntamente com todas as outras coisas numa gigantesca máquina que, operada por economistas, calcule custos e benefícios.⁴⁸⁸

Quando judicialmente um magistrado “cria um direito”, por entender que ele se faz necessário, em razão da mora ou omissão do legislador, para além do aspecto orçamentário, ele está também violando uma regra de competência, na medida em que, efetivamente, ele impõe o seu critério de seletividade política sobre aqueles estabelecidos pelo legislador ou pelo administrador. A referida prática não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que, conforme leciona Dimoulis,⁴⁸⁹ não foi dado ao Judiciário autorização para decidir se as escolhas dos demais Poderes são boas ou ruins, ou ainda, se haveria outras melhores. Ao juiz, cabe apenas o exame quanto à legalidade/constitucionalidade das escolhas dos demais Poderes, devendo aceitar as soluções dadas pelas autoridades competentes, quando elas forem compatíveis com o ordenamento jurídico.

⁴⁸⁷ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 81.

⁴⁸⁸ Ibidem, p. 82.

⁴⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais: justificação jurídica de decisões e competência. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 267.

Segundo Pierdoná,⁴⁹⁰ um dos exemplos mais notórios de substituição de juízo político de escolhas feitas pelo legislador pelo Judiciário foi o verificado no julgamento do Recurso Especial 1.720.805/RJ, o qual foi submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos. No referido julgado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto legalmente apenas para os casos de aposentadoria por invalidez, para todas as demais espécies de aposentadoria. Ao assim proceder, sustenta Pierdoná que a corte violou a seleção feita pelo legislador, sobrepondo o seu juízo de preponderância do princípio da universalidade sobre a aplicação do princípio da seletividade feita pelo legislador infraconstitucional.

Ademais, dentro da ideia de custo dos direitos, deve-se atentar para o fato de que as prestações pleiteadas judicialmente devem ser razoáveis. Ou seja, o fato de haver um direito legalmente previsto não significa que o seu gozo possa se dar de forma universal e indiscriminada. Interpretação diversa, poderia acarretar na suposição de que o Estado seria obrigado a atender a uma única demanda individual, ainda que para isso tivesse que negligenciar as demais prestações devidas à coletividade.

Um dos mais relevantes exemplos da aplicação da premissa supracitada se deu em 1972, no julgamento do caso *BVerfGE 33, 303 (numerus clausus)*, de responsabilidade da corte constitucional da Alemanha. Na referida ocasião, o tribunal decidiu que os direitos sociais não podem ser exigidos do Estado na forma de prerrogativas subjetivas absolutas. Outrossim, a corte pontuou que os direitos sociais devem estar conectados à razoabilidade decorrente das legítimas expectativas da sociedade, além de estarem igualmente submetidos aos interesses coletivos na gestão do orçamento público.

Mesmo que os direitos de participação não se limitem desde o início ao que está disponível em cada caso, eles estão, no entanto, sujeitos à reserva do que é possível no sentido do que o indivíduo pode razoavelmente reivindicar da sociedade. Esta é responsabilidade primordialmente do legislador, que deve também ter em conta outros interesses comunitários na sua gestão orçamental e, de acordo com a disposição expressa do n.º 2 do artigo 109.º da Lei Básica, ter em conta as exigências do equilíbrio económico global. (...) Por outro lado, qualquer mandato constitucional não obriga fornecer a cada candidato o lugar desejado a qualquer momento e, assim, fazer com que os investimentos onerosos no setor de ensino superior dependam exclusivamente da demanda individual, que muitas vezes oscila e pode ser influenciada por diversos fatores. Isso equivaleria a um mal-entendido de liberdade, que deixaria de reconhecer

⁴⁹⁰PIERDONÁ, Zélia Luiza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. *Católica Law Review*, v. 3, n. 1, p. 159-182, jan. 2019, p. 176-178.

que a liberdade pessoal não pode ser realizada a longo prazo sem ser independente da funcionalidade e equilíbrio do todo e que um senso subjetivo ilimitado de direito às custas do público em geral é incompatível com a ideia do estado de bem-estar.⁴⁹¹

Desse modo, verifica-se que a mera previsão legal de um direito não implica na possibilidade de se exigir judicialmente a sua prestação, tampouco no dever judicial de conceder o pleito; na medida em que todos os agentes do Estado, incluído o Judiciário, estão submetidos ao crivo da razoabilidade. Logo, ao julgar determinada ação individual sobre direitos sociais deve o magistrado avaliar se o que foi pleiteado é razoável, à luz das legítimas expectativas sociais e orçamentárias.

A excessiva, porém, não necessariamente descabida, judicialização dos direitos sociais é um fenômeno que progressivamente interfere no arranjo do orçamento público. Isso porque à medida que avançam os anos, aumenta também a fatia do orçamento público comprometido com o pagamento de condenações judiciais.

Em um estudo realizado em 2017 pelo Tribunal de Contas da União (TCU), materializado no Acórdão 1787/2017 – TCU (TC 009.253/2015-7), abrangendo as três esferas federativas, constatou-se que os gastos da União com condenações judiciais apenas na área da saúde chegaram a um bilhão de reais em 2015, o que representa um crescimento de 1.300%, em relação a 2008. Do total de condenações, 80% diziam respeito ao fornecimento de medicamentos, alguns sem ao menos registro no SUS. Além do aspecto orçamentário, a auditoria do TCU apontou que a grande maioria das ações versava sobre procedimentos curativos, e não preventivos; que as ações possuíam caráter predominantemente individual; e que as demandas judicializadas possuíam uma alta taxa de procedência junto aos tribunais.⁴⁹²

No supracitado estudo, ao analisar o fenômeno do crescente avanço do impacto de condenações judiciais no orçamento público, o Tribunal de Contas da União alertou para algumas importantes preocupações, internacionalmente reconhecidas, sobre os deletérios efeitos desse fenômeno para a sustentabilidade do sistema fiscal e para a proteção do sistema de direitos sociais. Em conclusão, a corte destacou que o impacto da judicialização é ainda mais preocupante:

⁴⁹¹ ALEMANHA. **BVerfGE 33, 303 – numerus clausus.** 1972. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 28 mai. 2022.

⁴⁹² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde.** Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 11 jan. 2022.

- a) quando o acesso à justiça é relativamente fácil, porém os altos custos judiciários afastam os mais pobres;
- b) quando o poder judiciário, desconsiderando o custo-efetividade, interpreta a saúde como um direito absoluto a receber quaisquer serviços de saúde disponíveis;
- c) quando, num sistema jurídico em que as decisões judiciais vinculam apenas as partes do processo, as autoridades de saúde não universalizam o acesso aos bens e serviços determinados judicialmente; e
- d) quando o custeio dos itens judicializados é feito por meio de recursos orçamentários e os grupos mais abastados recebem parte substancial de seus serviços de saúde por meio de fornecedores privados.⁴⁹³

Como já pontuado, a judicialização dos direitos sociais não se confunde com ativismo judicial. Assim, em abstrato, uma decisão judicial não pode ser enquadrada como ativista apenas pelo fato de o juiz ter condenado o Estado a cumprir uma obrigação social legalmente prevista. Todavia, uma análise ampla da legalidade não pode olvidar da razoabilidade, o que inclui o exame dos custos dos direitos.

A maioria das ações que demandam judicialmente uma prestação social, como as de saúde, possuam natureza individual, conforme exposto pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1787/2017 – TCU (TC 009.253/2015-7). Porém, a concessão judicial de uma prestação, para ser razoável, não pode levar em conta apenas o custo da obrigação pleiteada no processo, mas sim o de todas as prestações judicialmente exigíveis.

Determinar com precisão o alcance de todas as obrigações judicialmente concedidas, na prática, seria uma missão impossível, na medida em que não podem os juízes anteverem o volume total orçamentário das condenações judiciais, globalmente consideradas. Isso porque o julgador só tem controle sobre a prestação concedida por ele no caso concreto, o qual é balizado por informações insuficientes e parciais, afeitas apenas à análise do caso individual. Nesses termos, vê-se a relevância da advertência lançada por Holmes e Sustain:

(...) Como um juiz, ao decidir um único caso, pode levar em conta o teto anual de gastos do governo? Ao contrário do poder legislativo, o Judiciário trata sempre de um caso isolado. Por não serem capazes de lançar uma visão geral sobre um amplo espectro de necessidades sociais conflitantes e depois decidir quanto dinheiro destinar a cada uma, os juízes são institucionalmente impedidos de levar em conta as consequências distributivas de suas decisões, consequências essas que às vezes podem ser graves. E não é fácil para eles descobrir se o Estado realmente cometeu um erro ao concluir previamente que o melhor seria distribuir seus recursos para os casos A,

⁴⁹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 009.253/2015-7**. Relator: Min. Bruno Dantas, julgado em: 16 ago. 2017, p. 8-9.

B e C e não para o caso D – mesmo que no fim se revele que o caso D resultou numa calamidade (...).⁴⁹⁴

A interpretação e a aplicação das normas que versem sobre direitos positivos não podem se dar da mesma forma como se dão nos direitos negativos. Isso porque enquanto esses são orientados por uma ótica individual e patrimonialista; aqueles são regidos pelo vetor da igualdade material, o qual é eminentemente coletivo. Por essa razão, a abordagem judicial dos direitos sociais deve se dar de forma coletiva, e não individualizada, sob pena de comprometer a igualdade material, e gerar, reversamente, mais desigualdades, na medida em que a individualização judicial privilegia o sujeito em detrimento da coletividade.⁴⁹⁵

Sob essa ótica, por exemplo, quando o juiz condena o Estado a fornecer, em um processo individual, um tratamento médico a uma pessoa específica, ele não age de modo a concretizar o princípio constitucional da igualdade material. Pelo contrário, com essa conduta ele está privilegiando um indivíduo, em detrimento da coletividade de pessoas na mesma situação que o favorecido, as quais não podem gozar dos efeitos dessa decisão individual.

Em razão disso, Barcellos⁴⁹⁶ sustenta que uma ação judicial individual só pode garantir o acesso igualitário a uma prestação social quando ela puder ser replicada para todas as demais pessoas na mesma situação do beneficiado do processo individual julgado procedente, o que, confessa a autora, é faticamente impossível, dadas as limitações da sociedade brasileira.

Como apontado no Acórdão 1787/2017 – TCU (TC 009.253/2015-7), a maioria dos gastos judiciais com condenações em direitos sociais, especialmente na saúde, dizem respeito a demandas individuais. Segundo o apresentado acima por Barcellos e Pierdoná, essa prática produz uma espécie de justiça distributiva às avessas, na medida em que favorece um só indivíduo, ao mesmo tempo em que ignora todos aqueles em situação idêntica, porém igualmente responsáveis por financiar o custeio dos serviços sociais que lhes foram negados, seja pela negligência do Executivo, seja por não terem meios de recorrer ao Judiciário.

⁴⁹⁴ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 76.

⁴⁹⁵ PIERDONÁ, Zélia Luiza. **O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais.** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 6042-6055, 2009, p. 6051.

⁴⁹⁶ BARCELLOS. Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2008, p. 306.

Com base nisso, Pierdoná⁴⁹⁷ leciona que as políticas públicas elaboradas pelo Executivo e Legislativo, em matéria de direitos sociais, notadamente as relativas à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), são os melhores caminhos para a efetivação dos direitos sociais, dada a sua vocação universal. Todavia, havendo judicialização de direitos e políticas sociais, ela não deve ocorrer por meio de ações individuais, mas sim por meio de ações coletivas, sob pena de comprometimento da igualdade material.

A atenção aos custos financeiro, social e geracional dos direitos sociais pode ser condensada no princípio da sustentabilidade social.

*El principio de sostenibilidad social se define como la extensión del principio de bienestar universalista en el tiempo, de tal manera que el bienestar sea un derecho, no sólo para los ciudadanos presentes, sino también para todas aquellas personas que nos sucedan en el tiempo y que constituirán la sociedad del futuro.*⁴⁹⁸⁻⁴⁹⁹

Quando enxergada sob uma perspectiva axiológica, a sustentabilidade social pode ser tomada como o valor de solidariedade entre as gerações, o qual é legitimado eticamente por meio de uma ampla e profunda abordagem acerca dos valores fundamentais de liberdade e igualdade. Sob o prisma da sustentabilidade social, a liberdade é indissociável da responsabilidade, na medida em que o exercício das liberdades presentes deve se dar levando em consideração a responsabilidade da atual geração sobre as condições de vida projetadas para as gerações futuras.⁵⁰⁰

À guisa da supracita lição, Tonnera Júnior⁵⁰¹ defende que, sob os ditames do princípio da sustentabilidade social, é legítimo operar alterações nas políticas públicas de saúde, por exemplo, caso os benefícios globais superem os eventuais efeitos negativos, seguindo uma lógica de relação custo-benefício, desde que com essas alterações presentes haja uma posterior redistribuição dos benefícios com toda a população.

⁴⁹⁷ PIERDONÁ, Zélia Luiza. **O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 6042-6055, 2009, p. 6052.

⁴⁹⁸ FERRER, Jorge Garcés; RIGLA, Francisco José Rodenás. Teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración. **Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar**, n. 01, 2012, p. 51.

⁴⁹⁹ Tradução Livre: O princípio da sustentabilidade social é definido como a extensão do princípio universalista do bem-estar ao longo do tempo, de modo que o bem-estar seja um direito, não só dos cidadãos presentes, mas também de todos aqueles que nos sucederem no tempo e que irão compor a sociedade do futuro.

⁵⁰⁰ FERRER, Jorge Garcés; RIGLA, Francisco José Rodenás, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁰¹ TONNERA JÚNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos judiciais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015, p. 20.

Ferrer e Rigla⁵⁰² destacam que, além do aspecto axiológico, a responsabilidade individual, inerente à sustentabilidade social, exige ainda a cooperação financeira para a manutenção do sistema de proteção social, o qual deve se dar de forma ativa, por meio do pagamento dos serviços públicos, segundo critérios de renda e patrimônio dos usuários e seus familiares. A lógica dessa participação ativa consiste em proporcionar que aqueles com condições materiais financiem o sistema social, de modo a conseguir atender àqueles desprovidos de recursos, seguindo assim uma lógica de equidade distributivista.

Na medida em que a sustentabilidade social está indissociavelmente atrelada à noção de gasto público, não se pode olvidar que a sustentabilidade fiscal é um dos fatores a serem considerados na edificação de um sistema social sustentável, entendido como aquele que consegue equacionar de forma racional a cobrança de tributos e as prestações sociais por eles custeadas, sendo o sistema social característico de sociedades civilizadas. Daí porque Nabais⁵⁰³ conclui que os impostos são o preço a que todos os membros de uma dada comunidade organizada pagam ao Estado para terem uma sociedade.

Ademais, o estabelecimento de sociedades assentadas na ideia de liberdade implica no reconhecimento, garantia e respeito a um amplo leque de direitos sociais (direitos de igualdade), o que acarreta na criação de um mínimo de solidariedade para todos.⁵⁰⁴ Nessa medida, vê-se que as responsabilidades sociais decorrentes das liberdades individuais são um fator de coesão social, fundado na solidariedade, que permitem que as sociedades se organizem e se desenvolvam mediante a condução do Estado.

Para que o Estado consiga assegurar direitos, positivos e negativos, ele precisa de recursos, obtidos, sobretudo, através da cobrança de tributos. Desse modo, Holmes e Sustain⁵⁰⁵ questionam a premissa conservadora de que a diminuição da carga tributária e o estabelecimento de um Estado menor implicaria numa melhor forma de garantir os direitos fundamentais, entendidos como imunidades públicas.

Se os direitos fossem meras imunidades à intromissão do poder público, a maior virtude do governo (pelo menos no que diz respeito ao exercício dos direitos) seria a paralisia ou a debilidade. Um Estado débil, no entanto, é incapaz de proteger as

⁵⁰² FERRER, Jorge Garcés; RIGLA, Francisco José Rodenás. Teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración. **Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar**, n. 01, 2012, p. 52.

⁵⁰³ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Org.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. 1. Ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 12-13.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 13.

⁵⁰⁵ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 31.

liberdades pessoais, mesmo aquelas que parecem completamente “negativas”, como o direito de não ser torturado por policiais e carcereiros.⁵⁰⁶

A construção de um Estado débil não se dá apenas com a adoção do “Estado mínimo”, ou seja, de um Estado desprovido de recursos orçamentários, devido à baixíssima carga tributária, e voltado exclusivamente à proteção de direitos negativos, aos moldes de uma visão conservadora extremada. Ele também se dá mediante o seu oposto, um Estado paquidérmico, provedor, protecionista e altamente endividado. A debilidade do Estado, assim, pode decorrer tanto da ausência de tributos e responsabilidades sociais; quanto da assunção de gastos exorbitantes com prestações sociais financeiramente insustentáveis. Logo, vê-se que “para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos.”⁵⁰⁷

A atenção à escassez e à sustentabilidade econômica não diz respeito apenas aos economistas e aos políticos. Em verdade, ela é uma obrigação igualmente exigida de todos os operadores do Direito; sobretudo dos juízes, quando da aplicação e concretização de direitos sociais e políticas públicas pela via judicial. Afinal, como alerta Galdino:

Esta é uma realidade econômica que não pode escapar aos estudiosos do Direito: a distribuição de renda e serviços somente é viável onde existe crescimento econômico e eficiência na utilização dos recursos disponíveis, naturalmente escassos diante das necessidades humanas.⁵⁰⁸

A desatenção judicial ao custo dos direitos viola o vetor da sustentabilidade econômico-financeira e, por decorrência, a sustentabilidade social, a qual, como visto, é um importante elemento estruturante na concretização dos direitos sociais. Ademais, a reversão desse quadro passa pela superação de práticas equivocadas, como:

i) não levar em conta as novas transformações econômicas e sociais enfrentadas pelos Estados; ii) não levar a sério os custos dos direitos sociais; iii) não levar em consideração a visão política de longo alcance; iv) o pouco apreço pelos meios jurídicos de contenção do endividamento público; e v) o desprezo quanto a preocupações de justiça intergeracional.⁵⁰⁹

A superação de equívocos em matéria de sustentabilidade econômico-financeira, segundo Silva,⁵¹⁰ exige a revisão da socialidade, através da reconstrução pragmática do Estado

⁵⁰⁶ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 31.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 75.

⁵⁰⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 280.

⁵⁰⁹ TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos judiciais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015, p. 20.

⁵¹⁰ SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. 1. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 132-133.

social, através de um sistema normativo em rede. Isso, segundo a autora, será possível mediante a racionalização das prestações sociais já em vigor, além de sua adequação às novas realidades demográficas, geográficas e sociológicas; e também com a reformulação do sistema de execução e financiamento de prestações públicas, de modo a garantir uma repartição social justa e equitativa, o que, necessariamente, passa por uma revisão dos sistemas tributários do Estado.

Em posição análoga, Nabais⁵¹¹ leciona que a sustentabilidade financeira do Estado, entendido como uma organização comunitária, necessita da reconstrução da socialidade e de um novo equilíbrio do Estado social, de modo a assegurar, simultaneamente, a economia de mercado e a cobertura das despesas públicas, as quais devem ser suportáveis para os contribuintes. Ademais, acrescenta o autor, que a reconstrução sustentável proposta não pode olvidar da perspectiva intergeracional. Desse modo, os atuais custos com os direitos devem ser repartidos com a cadeia de gerações, seguindo uma lógica de solidariedade intergeracional.

À luz do exposto neste tópico, vê-se que a preocupação com os gastos públicos em matéria de direitos sociais, especialmente quando tratados na via judicial, não é uma inimiga dos direitos sociais. Pelo contrário, levar a sério o custo dos direitos garante a sustentabilidade econômica do Estado, instituição responsável por custear os direitos fundamentais de forma perene, intergeracional e equitativa.

4.3 A aplicação judicial dos direitos sociais à luz dos diálogos constitucionais/institucionais

Como visto ao longo deste trabalho, um dos principais focos de promoção do ativismo judicial reside na crença de que o Judiciário possui o poder e a missão de concretizar direitos fundamentais de forma unilateral. Assim, costumeiramente, juízes ativistas alegam silêncio legislativo ou omissão administrativa como fundamentos para legitimar suas heterodoxas decisões.

A hermenêutica pós-positivista, especialmente com as contribuições da Teoria Estruturante do Direito, de autoria de Friedrich Müller; lançou as bases para a corrente abordagem acerca da compreensão da norma e da criação do Direito, notadamente a partir da

⁵¹¹ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Org.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. 1. Ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55-56.

distinção entre texto e norma, e do papel do juiz como intérprete e criador do Direito. Esses postulados, contudo, não autorizam o juiz a julgar para além dos limites legais, ou seja, fora dos quadrantes do programa e do âmbito da norma.

Sucedem que a visão ativista, como exposto por Pierdoná e Carvalho,⁵¹² confunde a “criação do Direito” com a “criação de direitos”, gerando, com isso, uma anomalia institucional. Isso porque o juiz ativista não só extrapola suas funções constitucionais de aplicação do Direito posto, como invade o campo de atribuição dos demais Poderes e instituições constitucionalmente competentes.

Parte desse problema reside na crença equivocada da supremacia judicial, ou seja, que o atributo de dar a última palavra em assuntos jurídicos, especialmente em matéria constitucional, competiria ao Judiciário, especialmente ao seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Victor⁵¹³ recorda que as correntes defensoras da tese da supremacia judicial remontam à Era Marshall, notadamente a partir da icônica decisão proferida no caso *Murphy v. Madison*, considerada como a decisão inauguradora do contemporâneo controle de constitucionalidade norte-americano. Esse, por sua vez, está fundado na noção de que a Constituição é a norma máxima do ordenamento jurídico nacional, estando ela acima da política ordinária; cabendo a sua guarda ao Judiciário, em especial, às supremas cortes.

Todavia, como leciona Tassinari,⁵¹⁴ inexistem no ordenamento jurídico brasileiro base constitucional que legitime a supremacia judicial, sendo ela, na verdade, um recurso artificialmente construído e consentido. Ademais, sustenta a autora que a supremacia judicial é uma anomalia, ou ainda, uma distorção que atingiu o Judiciário brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal. Isso, segundo ela, deve-se à inexistência de equilíbrio político-institucional, responsabilidade e moderação no trato institucional entre os três Poderes da República. Ademais, defende Tassinari que a supremacia judicial só conseguiu ganhar espaço

⁵¹² PIERDONÁ, Zélia Luiza; CARVALHO, Verbena Duarte Brito de. Criação “do direito” e criação “de direitos”: a diferença entre interpretação e ativismo judicial e respectivas consequências. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Belém, v. 5, n. 2, p. 78-92, jul./dez. 2019, p. 80-83.

⁵¹³ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 143.

⁵¹⁴ TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016, p. 238-239.

no Brasil, apesar da sua carência de bases legitimadoras, seja na teoria jurídica, seja na política; justamente pela inexistência de diálogo entre as instituições. Assim, faltando a linguagem que permita o diálogo entre as diversas instituições da República, restou de forma anômala a imposição de vontades soberanas.

A posição da supremacia judicial não ignora a participação dos demais Poderes na aplicação e interpretação da Constituição, todavia essa participação é limitada, na medida em que a decisão final, ou seja, a última palavra em matéria de interpretação constitucional, caberia exclusivamente ao Judiciário, notadamente às supremas cortes. Sob esse prisma, a interpretação conferida pela Suprema Corte teria a mesma autoridade conferida à Constituição, vinculando não só as partes do processo, mas todas as instituições, inclusive o Congresso Nacional.⁵¹⁵

A chamada “tese da última palavra” já foi por diversas vezes empregada na jurisprudência pátria, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, como no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2.797/DF⁵¹⁶ e no Mandado de Segurança 26.603/DF.⁵¹⁷

⁵¹⁵ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 137.

⁵¹⁶ 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **ADI 2.797/DF**. Relator: Min. Menezes Direito. Redator do acórdão: Min. Ayres Britto. Julgado em: 16/05/2012).

⁵¹⁷ A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois no processo de indagação constitucional assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. – A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu à Suprema Corte a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **MS 26.603/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 04/10/2007).

Para além da ideia supremacia judicial, há na literatura jurídica uma posição ainda mais extrema acerca da extensão dos poderes do Judiciário, a que advoga o monopólio judicial da interpretação constitucional.

Segundo a ideia de exclusividade ou monopólio judicial na leitura da Constituição, caberia aos tribunais não apenas a última palavra, mas a única palavra na interpretação constitucional. Uma consequência prática seria que qualquer lei interpretativa da Constituição padeceria *ipso facto* de vício de informalidade formal. Isso porque faltaria competência ao Congresso Nacional para exercer tal função.⁵¹⁸

A referida posição, inclusive, já foi adotada no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2.797/DF, podendo ser vislumbrada no voto do ministro Sepúlveda Pertence.⁵¹⁹

Segundo Pessanha,⁵²⁰ a defesa da supremacia judicial na interpretação da Constituição é altamente problemática, o que justifica sua inaplicabilidade no Brasil. Na visão do autor, a função do STF como guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CF/88) não pode ser tomada como exclusiva, sob pena de promover uma legitimação absoluta *ex ante* de todas as suas decisões, o que seria incompatível com a Constituição, especialmente por violar o dever de fundamentação (art. 93, IX, CF/88).

Em posição semelhante, Abboud⁵²¹ também rechaça a ideia de que o STF é o único guardião da Constituição, na medida em que esse papel seria compartilhado também com o Legislativo e com o Executivo. Em razão desse compartilhamento, o autor defende a necessidade da construção de soluções dialogadas entre os três Poderes, notadamente em questões complexas e com efeitos futuros, ou ainda nos casos de alegada omissão legislativa.

⁵¹⁸ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 135.

⁵¹⁹ Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.

(...)

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **ADI 2.797/DF**. Relator: Min. Menezes Direito. Redator do acórdão: Min. Ayres Britto. Julgado em: 16/05/2012).

⁵²⁰ PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. **Supremacia Judicial**: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011, p. 368.

⁵²¹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1626.

Na literatura estrangeira, igualmente, muitas são as obras que contestam a tese da supremacia judicial, com destaque para *The Least Dangerous Branch*, de autoria de Alexander Bickel (professor da Faculdade de Direito de Yale); *Who Shall Interpret*, de autoria de Walter Murphy (professor da Faculdade de Direito de Princeton); *Constitutional Dialogue*, de autoria de Louis Fischer (professor da Faculdade de Direito William and Mary); e *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, de autoria de Kent Roach (professor da Faculdade de Direito de Toronto). Todas essas obras têm em comum a defesa da superação da ideia de supremacia judicial, e de que competiria às supremas cortes o poder de dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional; além da defesa da adoção de soluções dialogadas entre todos os Poderes, na medida em que inexiste entre eles qualquer relação de supremacia.⁵²²

O Canadá foi um dos países em que a contestação à tese da supremacia judicial se deu de forma mais robusta, com destaque à obra pioneira *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, de autoria de Peter Hogg e Allison Bushell. A premissa central da referida obra consiste no fato de que a possibilidade, constitucionalmente prevista, de o Legislativo canadense poder reverter as decisões constitucionais da suprema corte do país permite que a revisão judicial (*judicial review*) seja exercida não como uma muralha intransponível às instituições democráticas, mas como um catalizador do diálogo entre as instituições políticas do país acerca de qual seria a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais com os interesses coletivos. Assim, dada a possibilidade de o parlamento, casa da Democracia plural por excelência; rever decisões da Corte Constitucional, perderia força o problema ocasionado pelo exercício contramajoritário do controle de constitucionalidade judicial.⁵²³

Nas pesquisas apresentadas em *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, Peter Hogg e Allison Bushell⁵²⁴ demonstraram que o exercício da revisão legislativa dos julgamentos constitucionais dos tribunais não resultou numa postura de imposição, mas sim de diálogo. Dessa feita, proferidas decisões pelas cortes declarando a inconstitucionalidade de atos legislativos, em muitos casos se observou que o parlamento

⁵²² ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial:** mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 142-145.

⁵²³ PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. **Supremacia Judicial:** trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011, p. 361-362.

⁵²⁴ HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 100-102.

espontaneamente alterou a legislação impugnada, de modo a adequá-la às contribuições lançadas pelo Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. Por exemplo, no caso *Canadian Civil Liberties Association v. Ontario* (1990), a Corte de Apelação de Ontário derrubou a legislação estadual relativa à educação religiosa nas escolas, sob o argumento de que ela violava a liberdade de religião. Após, o próprio Legislativo de Ontário promulgou uma nova legislação, dessa vez tornando facultativo o ensino religioso nas escolas. Assim, viu-se que as razões do controle de constitucionalidade lançadas pelo Judiciário não foram afrontadas ou ignoradas, mas sim assimiladas, de modo a equacionar a soberania política do parlamento com o notório saber jurídico-constitucional dos membros do Judiciário, caracterizando, assim, uma relação de diálogo institucional/constitucional entre Legislativo e Judiciário.

Um dos principais problemas em torno da supremacia judicial reside na confusão entre o que é Constituição e o que é entendimento dos juízes. Isso porque se a Constituição for aquilo que os juízes dizem que ela é, inexistiria um dado constitucional objetivo e aferível por todos. Isso, por conseguinte, implicaria na redução da Constituição à visão da maioria dos membros do tribunal responsável por sua guarda. Situação essa admitida pelo juiz da suprema corte americana Charles Hughes: “*we are under a Constitution, but the Constitutional is what the judges say it is.*” ⁵²⁵⁻⁵²⁶

Admitir que a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é, acarretaria, por conseguinte, num estado de submissão dos demais Poderes ao Judiciário, na medida em que não poderiam os legisladores fazerem leis; nem o administrador editar atos administrativos; em descompasso com a interpretação judicial conferida à Constituição. Ocorre que, como leciona Tushnet,⁵²⁷ os legisladores fizeram um juramento de defender a Constituição, e não a Suprema Corte. Ademais, sustenta o autor, que o que a Constituição significa não é necessariamente aquilo que a Suprema Corte diz que é.

⁵²⁵ Tradução livre: “nós estamos sob uma Constituição, mas constitucional é aquilo que os juízes dizem que é.”

⁵²⁶ FISHER, Louis. **constitutional dialogues**: interpretation as a political process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 245 apud ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 135.

⁵²⁷ TUSHNET, Mark. **Marbury v. Madison and the theory of judicial supremacy**: great cases in constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 18 apud VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 114.

À luz das lições de Tushnet, Victor⁵²⁸ aponta que, segundo o autor, os membros do Legislativo devem ser leais ao seu juramento à Constituição, de modo que se eles entenderem que a leitura dada pela suprema corte é equivocada, eles devem se manter fiéis ao seu juramento e aprovar legislações com ele condizentes, ignorando, portando, a interpretação presente na decisão da corte constitucional. Solução idêntica deve ser aplicada aos administradores e aos eleitores.

Além das dificuldades hermenêuticas e políticas, a supremacia judicial gera ainda um desarranjo social, institucional e democrático, o qual é impulsionado pela crescente judicialização de questões políticas. Nesse sentido, é a lição de Pessanha:

Por outro lado, a difusão do entendimento de que a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário gera um desengajamento dos demais departamentos estatais e atores privados no processo de interpretação constitucional. Tal perspectiva juriscêntrica, somada à supremacia judicial em sentido material - segundo a qual a interpretação constitucional da Suprema Corte é extremamente difícil de ser revertida - causa problemas de responsividade popular, sobretudo em um contexto de sensível judicialização da política. Explica-se: se virtualmente todas as questões políticas relevantes são judicializadas, a defesa no plano normativo de que as decisões proferidas pela Suprema Corte em matéria constitucional são finais, de molde a ser extremamente difícil a sua reversão no futuro por atores públicos e privados, torna o órgão de cúpula do Judiciário uma instituição “desviante” em um sistema democrático, pois proferirá um largo espectro de decisões em relação às quais o povo - titular último do poder político - não terá mecanismo efetivo de correção.⁵²⁹

Em razão dos diversos imbróglis e inconsistências da teoria da supremacia judicial, muitas são as vozes; tanto no plano nacional, como Abboud, Pessanha, Tassinari e Uliano; quanto no internacional, como Fischer, Roach, Murphy e Bickel; que defendem o abandono dessa visão de aplicação e interpretação da Constituição, em favor de soluções dialogadas, as quais são denominadas de diálogos constitucionais, ou diálogos institucionais.

Como observado por Hogg e Bushell⁵³⁰ a adoção do diálogo institucional, a partir da realidade canadense, demonstrou que os julgamentos proferidos pelos tribunais serviriam mais como forma de influenciar e contribuir com as políticas públicas estatais, do que em ditá-las

⁵²⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 114.

⁵²⁹ PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. **Supremacia Judicial**: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011, p. 369.

⁵³⁰ HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

unilateralmente, ou ainda em aplacar a atividade legislativa.⁵³¹ Apesar das inúmeras diferenças entre os sistemas jurídicos do Canadá e do Brasil, especialmente pela adoção do modelo de *weak judicial review* pelo Canadá; e do *strong judicial review* pelo Brasil; não se pode ignorar que a tese central dos diálogos institucionais, isto é, das decisões judiciais serem encaradas como um colóquio construtivo em matéria de políticas públicas entre Judiciário e os demais Poderes; é de grande valia para a efetivação dos direitos fundamentais. Afinal, como apontam Holmes e Sustain,⁵³² muitas vezes a adjudicação ou garantia de direitos não depende apenas dos tribunais, mas sim da ação efetiva e coordenada de diversas instituições do Estado.

Nesse último ponto, vê-se que a doutrina dos diálogos institucionais pode ser conectada à tese do custo dos direitos, na medida em que ambas estão alinhadas à noção de que a execução de políticas públicas, e a reclamação de direitos fundamentais em geral, não podem se dar unilateralmente e de forma impositiva pelo Judiciário, mas sim mediante a participação coordenada de todas as instituições públicas impactadas. Vê-se, portanto, que a atenção ao impacto econômico das decisões no sistema público de financiamento de direitos (tese do custo de direitos), especialmente com a prévia consulta ao Executivo acerca da extensão do custo dos direitos judicialmente requeridos em seu orçamento; é também uma forma de diálogo, por meio do qual Executivo e Judiciário, de forma harmônica e coordenada, atuam juntos com vistas a garantir a efetivação de direitos sociais.

Contudo, frise-se que a atuação coordenada acima descrita não configura uma violação à separação dos poderes. Ao revés, como aponta Abboud,⁵³³ o princípio da separação dos poderes carrega em si a natural exigência de diálogo, a qual se extrai da harmonia, ínsita ao referido princípio (art. 2º, CF/88).⁵³⁴ Ademais, acrescenta o autor que quando os Poderes atuam de forma conjunta e dialogada, e não como monólogos, vislumbra-se uma melhor abordagem para se assegurar a força normativa da Constituição, a qual é melhor desenvolvida num ambiente de humildade institucional. Essa caracterizada pelo respeito mútuo às competências e aos limites de cada Poder.

⁵³¹ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 145.

⁵³² HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 75.

⁵³³ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1625.

⁵³⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Embora pareça contraditório, a quebra do monopólio da interpretação constitucional (tese da supremacia judicial), não implica na diminuição do papel do Judiciário na proteção da Constituição e na efetivação dos direitos fundamentais. Pelo contrário, a abertura proporcionada pelos diálogos constitucionais/instituições confere ao Judiciário uma maior credibilidade. Nesse sentido, é a lição de Abboud, quando aponta que a quebra do monopólio da interpretação constitucional é a proposta concreta mais importante para construção de um verdadeiro e efetivo diálogo entre os poderes:

A mais importante delas talvez seja a promessa da necessária quebra do monopólio da interpretação constitucional. Quebra essa que, ironicamente ocorrerá quando o Judiciário, abrindo mão dos desejos pelo ativismo, cultivar, simultaneamente, equilíbrio e parceria com os outros Poderes. O primeiro lhe é possível justamente por sua facilidade, na jurisdição constitucional, de promover diálogos amplos entre diferentes entes representativos da sociedade civil e o próprio Estado. Já a segunda torna-se viável justamente quando Legislativo e Judiciário têm claras cada uma de suas funções institucionais, e nítidos os limites de suas competências. Ou seja, quando ambos abrirem mão de usurpar os papéis que lhes foram determinados pela Constituição Federal. A quebra do monopólio da interpretação constitucional possibilita ao Judiciário absorver maior complexidade e adquirir maior legitimidade, uma vez que, diversos sujeitos da sociedade passam a ser partícipes mais diretos na construção da jurisprudência constitucional. Ou seja, por meio do diálogo, a jurisdição constitucional adquire uma transsubjetividade.⁵³⁵

Na mesma direção acerca da separação dos poderes é a lição de Silva Neto, ao destacar que o Estado deve ser enxergado como um processo em contínua mutação, o que impõe uma releitura em torno do funcionamento e relacionamento dos seus Poderes:

O Estado é processo. E o Estado mudou. E ao mudar, impôs novo direcionamento à teoria da tripartição das funções estatais, tornando politicamente necessário e socialmente indispensável a criação de sistema político no qual os órgãos que desempenham as funções legislativa, executiva e judiciária busquem maior aproximação. Como isso, tornou-se relativo o princípio da inelegibilidade das funções do Estado, a ponto de a Constituição de 1988, no art. 68, reservar a possibilidade de o Presidente da República solicitar delegação legislativa ao Congresso Nacional.⁵³⁶

As transformações do Estado, então, exigem dos agentes políticos e jurídicos uma nova abordagem acerca do papel desempenhado por cada Poder no atual cenário político-jurídico brasileiro, de modo a substituir uma anacrônica e incabível abordagem das competências como barreiras estanques, por uma leitura dialogada e comunicante a respeito das funções e responsabilidade constitucionais de cada um dos Poderes. Portanto, vê-se o acerto da observação de Silva Neto, ao destacar que as mutações pelas quais passaram o Estado brasileiro

⁵³⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1629.

⁵³⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

tornaram necessárias a adoção de uma postura de maior aproximação e interação entre os Poderes da República. Postura na qual se inserem os diálogos institucionais.

No que toca à aplicação jurisprudencial, especialmente no Supremo Tribunal Federal, a teoria dos diálogos ganhou espaço notadamente a partir dos votos do ministro Gilmar Mendes, como o proferido na ADI 2.797/DF, na qual o ministro se manifestou no sentido de ser legítimo que o Poder Legislativo editasse leis interpretativas sobre o conteúdo da Constituição (quebra do monopólio da interpretação constitucional), todavia, na oportunidade, a posição dialogada defendida pelo ministro Gilmar Mendes restou vencida.⁵³⁷

Com o passar dos anos, paulatinamente, a postura de resistência ao diálogo constitucional foi superada, passando o Supremo Tribunal Federal a adotar de forma expressa o referido postulado em suas decisões, notadamente no que diz respeito à elaboração e à execução de políticas públicas sobre direitos sociais.

Por exemplo, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709/DF,⁵³⁸ a qual versou sobre a tutela do direito à saúde das populações indígenas face à pandemia da COVID-19; o STF se manifestou no sentido de reconhecer a omissão do Executivo na elaboração de políticas públicas voltadas à proteção da saúde da população indígena, todavia pontuou que elas deveriam ser desenvolvidas mediante a adoção de diálogo institucional entre o Judiciário e o Executivo, na medida em que não dispunha o STF de meios de ação para, apenas mediante a função judicante, atender de forma satisfatória o direito social à saúde. Nessa feita, merecem destaque os ilustrativos trechos do voto do ministro Luís Roberto Barroso quanto aos benefícios da adoção do diálogo institucional:

(...) A concretização das políticas públicas aqui necessárias depende diretamente da atuação da União Federal, por intermédio do Ministério da Saúde e, inclusive e sobretudo, das Forças Armadas.

(...)

Prosseguindo no que queria dizer, não tem como o Judiciário elaborar esses planos e dar-lhes execução, e, por essa razão, o diálogo institucional entre os Poderes Judiciário e Executivo é imperativo. Em meu caso específico, de longa data defendendo em teoria e pude aplicar, na prática, a ideia de que, muitas vezes, melhor do que a ingerência

⁵³⁷ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 169.

⁵³⁸ A íntegra do acórdão pode ser consultada em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 17 jan. 2023.

direta é a instalação de um diálogo institucional em que se abra prazo para apresentação de planos e projetos e, depois, verifique-se e monitore-se o nível de satisfatoriedade e execução desses planos. Essa foi a segunda premissa: estabelecer um diálogo institucional construtivo entre Judiciário e Executivo.⁵³⁹

De outra banda, Abboud⁵⁴⁰ recorda que em outras ocasiões envolvendo direitos sociais, o STF também adotou uma postura de humildade institucional, valendo-se do diálogo com os demais Poderes como instrumento de efetivação dos referidos direitos, através da construção de uma solução coordenada e dialogada. Nessa toada, destaca-se o Mandado de Injunção (MI) 943/DF, o qual versou sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, no qual o STF, por meio ministro Gilmar Mendes, atuou conjuntamente com o Congresso Nacional para construir uma melhor solução para objeto da ação, a qual foi materializada por meio da edição de uma lei adequada, ainda durante o trâmite da ação judicial. Seguindo a mesma linha dialógica, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 568/DF, o STF acatou a proposta da Câmara dos Deputados para destinar parte das verbas recuperadas pela Petrobras, oriundas das ações de combate à corrupção julgadas pela Justiça Federal; para o custeio de políticas públicas junto à educação e ao meio ambiente. Posteriormente, em 2020, o STF igualmente autorizou a destinação das referidas verbas para o custeio de políticas públicas de saúde voltadas ao combate da pandemia da COVID-19.

No que toca à responsabilidade orçamentária, indispensável ao custeio e concretização dos direitos sociais, igualmente se manifestou o Supremo Tribunal Federal no sentido da imprescindibilidade dos diálogos institucionais. Posição essa expressada no acórdão da Medida Cautelar no Mandado de Segurança 34.483/DF.⁵⁴¹⁻⁵⁴²

⁵³⁹ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **ADPF 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 05/08/2020, p. 21-22.

⁵⁴⁰ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1627-1628.

⁵⁴¹ “2. É dever de cada um dos Poderes, por ato próprio, proceder aos ajustes necessários, com limitação de empenho (despesa), ante a frustração de receitas que inviabilize o cumprimento de suas obrigações (LC nº 101/2000, art. 9º), operando-se esses ajustes em um ambiente de diálogo institucional, em que o Poder Executivo sinaliza o montante da frustração de receita - calculada a partir do que fora projetado no momento da edição da lei orçamentária e a receita efetivamente arrecadada no curso do exercício financeiro de referência - e os demais Poderes e órgãos autônomos da República, no exercício de sua autonomia administrativa, promovem os cortes necessários em suas despesas para adequarem as metas fiscais de sua responsabilidade aos limites constitucionais e legais autorizados, conforme sua conveniência e oportunidade”. (BRASIL. STF. Segunda Turma. **MS 34.483 MC/RJ**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 22/11/2016, p. 2-3.)

⁵⁴² A íntegra do acórdão pode ser consultada em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13301269>. Acesso em: 17 jan. 2023.

Não raro, as questões sociais levadas ao Judiciário, especialmente ao STF, não podem ser solucionadas apenas com a ação efetiva dos tribunais, na medida em que demandam uma ação conjunta de todos os poderes da República. Daí a lucidez do acórdão da ADPF 709/DF, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, ao reconhecer que nem todos os pedidos sobre direitos “podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes.”⁵⁴³

A adoção do diálogo constitucional entre os Poderes é um reflexo do amadurecimento republicano das instituições democráticas, as quais passam a adotar uma postura de colaboração mútua, com vista à construção de uma melhor e mais efetiva resposta para as complexas questões sobre direitos fundamentais.

Nessa toada, Abboud enumera algumas vantagens que podem ser obtidas com a adoção da tese dos diálogos constitucionais/institucionais:

i) amadurece as instituições (Poderes) que reconhecem os limites de sua competência; ii) evita que ocorra conflito entre Poderes; iii) confere espaço de estabilidade e governabilidade possibilitando que problemas graves sejam solucionados sem rupturas democráticas; iv) aumenta a complexidade na resolução dos problemas sociais. O diálogo permite soluções que, de forma isolada, não seriam possíveis a cada um dos Poderes; v) recrudescer o diálogo como eixo de solução de conflitos em uma democracia constitucional; vi) quebra o monopólio da interpretação constitucional transformando a jurisdição constitucional em um espaço mais plural; vii) fortalece a legitimidade da jurisdição constitucional fazendo com que ela se transforme em espaço estruturador de dissenso; viii) diminui rugas entre Poderes na medida em que o diálogo permite soluções menos incisivas de um Poder em relação a outro.⁵⁴⁴

No campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), foi desenvolvida a técnica denominada de *cross-fertilization* (diálogo das cortes), a qual se dá mediante a referência recíproca entre os tribunais internacionais de direito humanos, com vistas a ampliar o debate, o amadurecimento e a busca por soluções em torno de problemáticas envolvendo os direitos humanos. A referida técnica preza pela construção dialogada das questões que envolvam direitos humanos, a partir da interação de múltiplos atores, de modo a

⁵⁴³ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **ADPF 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 05/08/2020, p. 3-4.

⁵⁴⁴ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1630.

tornar a atuação da jurisdição internacional mais abrangente e inclusiva, mirando na universalização dos referidos direitos.⁵⁴⁵

Pelo exposto ao longo deste trabalho, vê-se que os preceitos da *cross-fertilization*, ressaltadas as naturais particularidades, podem ser incorporados ao diálogo institucional nacional. Isso porque, assim como a *cross-fertilization*, no plano da jurisdição internacional; os diálogos constitucionais, sob o plano institucional nacional; também visam a construção de soluções plurais e abrangentes, com múltiplas contribuições, de modo a garantir a concretização dos direitos fundamentais; não por uma via unilateral e impositiva, mas sim plural e dialogada.

Assim, as decisões judiciais, notadamente as proferidas em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, devem ser enxergadas e exercidas não como imposições monocráticas do Judiciário sobre os demais Poderes; mas sim como um colóquio aberto à participação de todas as instituições da República impactadas, direta ou indiretamente, pela decisão judicial.

A concretização dos direitos sociais exige ações coordenadas de todos os Poderes. Desse modo, quando o Judiciário se porta de forma dialógica, isto é, aberta ao diálogo cooperativo com os demais Poderes, as suas decisões tendem a ser mais complexas e legitimadas, especialmente quando dizem respeito ao custo e execução de políticas públicas sobre direitos sociais.

Destarte, dadas as profundas mutações políticas por que passaram os Poderes no Brasil, cabe ao Judiciário, enquanto Poder técnico e imparcial, ajudar na construção de soluções dialogadas, harmônicas e cooperativas com os demais Poderes; assim como procedeu a corte quando do julgamento do MS 34.483 MC/DF, da ADPF 709/DF e da ADPF 568/DF; explicitados ao longo do presente tópico.

⁵⁴⁵ ARENAS MEZA, Miguel. El diálogo judicial euro-latinoamericano em el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de derechos humanos. Araucária. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, año 20, nº 40. Segundo semestre de 2018, p. 577-604. ISSN 1575-6823 e-ISSN 2340-2199, 2018, p. 578.

4.4 *Self-restraint e accountability* das decisões judiciais

No tópico 3.3.3 deste trabalho foi abordado o instituto dos “enunciados performativos”, os quais, como visto, são recursos retóricos empregados para fundamentar decisões judiciais de cunho ativista, na medida em que, dada a sua plasticidade, não são objetivamente aferíveis como verdadeiros ou falsos.⁵⁴⁶

Para fins de compreensão do fenômeno do ativismo judicial no Brasil, destacam-se dois desses argumentos: “a) há um déficit do Legislativo, logo, o Judiciário deve agir; b) o Judiciário não age de ofício, logo, uma vez provocado, ele deve dar sua resposta.”⁵⁴⁷ Sucede que, como visto, a inação abstrata de um Poder não autoriza a invasão de suas competências pelos demais Poderes; nem a inafastabilidade judicial pode ser confundida com a obrigação de se enfrentar o mérito da causa.

Na contramão dos argumentos ativistas supramencionados, está a posição denominada de autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), a qual não possui denominação ou caracterização unívocas. Em razão do seu caráter multifacetado, Posner⁵⁴⁸ aponta que o referido termo, assim como outros associados ao seu campo de estudo, como o próprio termo “ativismo judicial”; está desgastado, sendo empregado muitas vezes de forma indiscriminada, ou mesmo como uma espécie de clichê.

Segundo o autor supracitado, o termo “autocontenção” (*self-restraint*), pode ser empregado de cinco formas distintas:

- (1) A self-restrained, judge does not allow his own views of policy to influence his decisions.
- (2) He is cautious, circumspect, hesitant about intruding those views.
- (3) He is mindful of the practical political constraints on the exercise of judicial power.
- (4) His decisions are influenced by a concern lest promiscuous judicial creation of rights result in so swamping the courts in litigation that they cannot function effectively.
- (5) He wants to reduce the power of his court system relative to that of other branches of government.⁵⁴⁹⁻⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ AUSTIN, John. **How to do things with words**: the William James lectures delivered at Harvard University in 1955.1. ed. Oxford University Press, 1962, p. 5.

⁵⁴⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1534.

⁵⁴⁸ POSNER, Richard. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, vol. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 1.

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 11.

⁵⁵⁰ Tradução livre: (1) Um juiz autocontido não permite que suas próprias visões de política influenciem suas decisões. (2) Ele é cauteloso, circunspecto, hesitante em se intrometer nessas visões. (3) Ele está ciente das

Desse modo, antes de falar sobre a aplicação da autocontenção judicial como instrumento de contenção ao ativismo judicial, faz-se necessário delimitar o seu alcance.

Nessa toada, Pontes leciona que a autocontenção judicial pode ser compreendida como:

(...) a exigência de os juízes evitarem intromissões frequentes na esfera de atuação dos demais poderes estatais. Desse modo, os juízes e tribunais, ao praticarem a autocontenção, evitam a aplicação direta do texto constitucional às situações que não sofram incidência expressa da mesma, aguardando o posicionamento do Legislativo; evita interferir de modo direto e explícito na determinação das políticas públicas; podem utilizar critérios rígidos e conservadores ao declararem a inconstitucionalidade das leis e atos normativos.⁵⁵¹

Acrescenta ainda a autora que a autocontenção judicial tem por critério orientador básico a inconstitucionalidade evidente, ou seja, havendo dúvidas acerca da compatibilidade do ato normativo com a Constituição, deve prevalecer a opção legislativa. Assim, cabe ao juiz se abster de declarar a nulidade de leis que não sejam claramente identificadas como inconstitucionais, seguindo o critério *in dubio pro legislatore*.⁵⁵²

Na mesma esteira, é a posição de Barroso,⁵⁵³ no sentido de que comportando uma norma constitucional diversas interpretações, é facultado ao legislador, via legislação ordinária, optar por uma delas. Não sendo, portanto, adequado a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário nesses casos.

Pelo exposto, vê-se que autocontenção judicial diz respeito a uma postura de humildade e parcimônia por parte do Judiciário, por meio da qual há uma aplicação razoável e prudente do Direito, marcada pelo respeito à autonomia dos demais Poderes e pelo autorreconhecimento das limitações institucionais do Judiciário. Em razão disso, Posner⁵⁵⁴ afirma que *self-restraint* é o exato oposto de ativismo judicial.

restrições políticas práticas sobre o exercício do poder judiciário. (4) Suas decisões são influenciadas por uma preocupação de que uma promíscua criação judicial de direitos resulte em inundar os tribunais em litígios que não podem funcionar eficazmente. (5) Ele quer reduzir o poder de seu sistema judiciário em relação ao de outros ramos do governo.

⁵⁵¹ PONTES, Juliana de Brito Giovanetti. **Autocontenção no judiciário brasileiro**: fatores que possibilitam a ocorrência do fenômeno em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2013, p. 86.

⁵⁵² Ibidem, p. 87.

⁵⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133-134.

⁵⁵⁴ POSNER, Richard. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, vol. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 14.

Ademais, faz-se necessário pontuar que autocontenção não é sinônimo de negligência judicial. Prática essa denominada por Abboud⁵⁵⁵ de “ativismo judicial por inação”, a qual se faz presente nos casos em que deveria o Judiciário agir e exercer a *judicial review*, mas ele, por voluntarismo ou conveniência, não o faz.

Em posição análoga, Posner⁵⁵⁶ adverte que caso os tribunais adotem uma posição negligente no emprego de seus atributos de fiscalização e controle sobre os demais Poderes, podem acabar por comprometer os freios e contrapesos, indispensáveis ao regular funcionamento democrático das instituições. Ou ainda, tal postura pode levar ao risco de o Judiciário ter seu papel institucional minado, ou mesmo anulado.

Ademais, faz-se necessário destacar que, assim como o ativismo judicial, a autocontenção é uma postura despida de ideologia.

É um erro afirmar que a autocontenção judicial é adotada por juízes conservadores e o ativismo por juízes liberais. Tais termos, conservadorismo e liberalismo, demonstram bem o resultado da atividade judicial, mas não o modo pelo qual ela se desenvolve.⁵⁵⁷

Hodiernamente, a teoria constitucional contemporânea trilha os paços em direção a uma postura heterogênea quanto à presunção de constitucionalidade e a *judicial self-restraint*. Tal posição é caracterizada pela postura de encarar a presunção de constitucionalidade de forma graduada, a partir das variáveis envolvidas no caso em análise. Assim, a presunção poderá ser mais suave, ou mais intensa, a depender da matéria examinada. Desse modo, vê-se que não há mais espaço para uma deferência absoluta do Judiciário frente aos atos dos demais Poderes, mas apenas para um juízo ponderado e gradual, balizado pela temática levada a julgamento.⁵⁵⁸

A partir dessas observações, Souza Neto e Sarmiento⁵⁵⁹ apontam alguns parâmetros que devem balizar o grau de autocontenção judicial frente à presunção de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes. O primeiro diz respeito ao grau de legitimidade democrática do ato

⁵⁵⁵ ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1568.

⁵⁵⁶ POSNER, Richard. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, vol. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 14.

⁵⁵⁷ FORSTER, João Paulo; HAEBERLIN, Martín. O “iluminismo” constitucional: a atuação do Supremo Tribunal Federal entre a autocontenção e o ativismo judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 616–642, 2019, p. 621.

⁵⁵⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, n. 02. ISSN 1516-0351 p. 119-161, 2013, p. 148.

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 149-156.

normativo, o qual leva em conta a forma como o ato foi elaborado. Assim, quanto maior a participação democrática de um ato, por exemplo, resultante de plebiscito ou referendo, maior será a presunção de constitucionalidade. O segundo parâmetro está ligado às condições de funcionamento da Democracia frente aos detentores do poder político, especialmente no que toca aos direitos à informação e à participação política. O terceiro é a proteção de minorias estigmatizadas. O quarto se traduz na relevância material do direito fundamental em análise. O quinto diz respeito à comparação entre a capacidade institucional do órgão que editou o ato contestado e a do Judiciário, atentando-se, sobretudo, para a expertise relacionada a matérias de ordem técnica e científica. O sexto parâmetro é a atenção à época em que o ato normativo foi editado, tendo por referência temporal a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. O derradeiro parâmetro é a inconsistência temporal, que diz respeito a sobrevalorização dos interesses de curto prazo, em detrimento dos de longo.

À luz do exposto, vê-se que segundo os autores supracitados inexiste uma fórmula abstrata e universal para afirmar quando deve o Judiciário adotar, ou não, uma posição de autocontenção. Em matérias sensíveis, como a proteção de minorias estigmatizadas e a garantia de participação política de grupos de oposição, por exemplo, defendem os autores que deve o Judiciário adotar uma postura de maior altivez e empregar seu poder contramajoritário, de modo a afastar atos de deliberação majoritária, visando com isso resguardar os direitos fundamentais de grupos minoritários. De outra banda, quando se estiver diante de matérias eminentemente técnicas, como tratamento médico ou políticas econômicas, cabe ao Judiciário adotar uma posição contida de *self-restraint*.

De outra banda, Forster e Haeblerlin⁵⁶⁰ pontuam que a autocontenção não se confunde com respeito a precedentes. Do contrário, tal postura estaria condenada à extinção, caso juízes autocontidos não pudessem reverter precedentes ativistas. Assim, pontuam os autores que, ao contrário dos ativistas, os magistrados adeptos da *self-restraint* adotam uma tendência de julgar e decidir conflitos preservando a lei existente, em vez de criar uma nova.

A postura de autocontenção está em rota de colisão com posições ativistas que pretendam suplantar a unidade e a integridade da Constituição, com vistas a implementar determinada agenda, ainda que bem intencionada. Isso porque a autocontenção está alicerçada

⁵⁶⁰ FORSTER, João Paulo; HAEBERLIN, Martín. O “iluminismo” constitucional: a atuação do Supremo Tribunal Federal entre a autocontenção e o ativismo judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 616–642, 2019, p. 624.

na ideia de limites da função judicial e na preservação da separação dos Poderes. Sob esse ângulo, é defeso ao magistrado agir de forma proativa e parcial de modo a perseguir uma agenda própria, ao arrepio da formalidade institucional, ainda que tal ação esteja direcionada à proteção de bens fundamentais.

Admitir que foi dado ao Judiciário, em especial às supremas cortes, o poder para reescrever os direitos fundamentais, ainda que sob o pretexto de interpretação ou concretização das normas, implicaria na quebra da legalidade que alicerça o Estado de Direito; além da elevação descabida do Judiciário de poder constituído a poder constituinte. Nesse sentido, é a lição de Forster e Harberlin:

(...) De fato, a partir desse tipo de construto ativista, a Constituição (e, via de consequência, todo e qualquer cidadão) passa a correr sério risco de ver revogado ou completamente modificado seu catálogo aberto de direitos fundamentais, sem mencionar todos os demais direitos constitucionalmente assegurados. Sendo a Constituição mais do que um mero conjunto de normas, uma totalidade coesa de princípios e regras, sua identidade reside neles, que não podem ser revisados, sob pena de instauração de uma nova ordem constitucional por meio de uma Corte Constitucional o que, além de ser uma aberrante afronta à separação dos poderes, é também uma violência, considerando que as Cortes Constitucionais não são constituintes, mas constituídas, e no exato pressuposto de guardar aquela que lhe constitui (...).⁵⁶¹

A autocontenção, como já pontuado, não pode ser confundida com descaso ou negligência judicial. Em verdade, ela consiste numa postura ortodoxa de exercício da função judicial, a qual deve se dar nos limites constitucionais. Tal postura não pode ser confundida com a negação da *judicial review*, ou mesmo a do controle judicial de constitucionalidade. Ao revés, por meio dela, há a defesa do Estado de Direito e da Constituição pelo Judiciário. Todavia nessa função, cabe aos juízes atuarem com prudência, de modo a respeitar as decisões políticas democráticas tomadas pelos demais Poderes, invalidando-as apenas em caso de irremediável inconstitucionalidade.

Daí, vê-se a pertinência da advertência lançada por Lima e Gomes Neto no sentido de que por meio da postura de autocontenção:

Não se questiona a existência ou a validade da revisão judicial; não há uma negativa apriorística das potencialidades da corte na salvaguarda de importantes fundamentos do Estado de Direito: há, todavia, a compreensão que as instituições judiciais devem ser inseridas dentre os demais entes estatais, dotados de competências específicas,

⁵⁶¹ FORSTER, João Paulo; HAEBERLIN, Martín. O “iluminismo” constitucional: a atuação do Supremo Tribunal Federal entre a autocontenção e o ativismo judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 616–642, 2019, p. 632.

havendo uma dinâmica permanente de distribuição das competências institucionais de cada ramo de poder.⁵⁶²

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões já adotou a postura de autocontenção (*self-restraint*) nos casos que lhe foram apresentados. No julgamento do Mandado de Segurança 36.716/DF,⁵⁶³ a corte reconheceu que o seu papel de revisão dos demais órgãos deve possuir caráter excecional, notadamente para coibir ilegalidades flagrantes ou atos teratológicos, em respeito a maior *expertise* institucional dos órgãos especializados para apreciar matérias temáticas. De outra banda, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 1.304/AM,⁵⁶⁴ o qual versou sobre o direito social à segurança pública; o STF se manifestou no sentido de que a atuação judicial no controle de políticas públicas deve se dar de forma contida, em atenção ao fato de que o Executivo detém maior capacidade institucional para execução de tais políticas.

De outra banda, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 31/DF,⁵⁶⁵ o STF se manifestou no sentido de que cabe à corte respeitar as opções legislativas tomadas de forma democrática pelo Congresso Nacional, quando elas estiverem dentro dos padrões de razoabilidade, sendo-lhe defeso, nesses casos, rever tais atos. Já no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Injunção 6.781/DF,⁵⁶⁶ o qual versou sobre o direito social à aposentadoria especial, o tribunal se posicionou no sentido de que as omissões legislativas não autorizam o Judiciário a ignorar a atividade legislativa democrática, cabendo ao Judiciário fazer

⁵⁶² LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018, p. 226.

⁵⁶³ “1. Descabe transformar este Supremo Tribunal Federal em instância recursal, geral e irrestrita, das decisões administrativas tomadas pelo CNJ no regular exercício das atribuições constitucionalmente estabelecidas, de sorte que, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário a autocontenção (*judicial self-restraint*) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria e suas funções constitucionais previstas. Precedentes.” (BRASIL. STF. Primeira Turma. **MS 36.716/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 16/06/2020).

⁵⁶⁴ “3. A intervenção do Poder Judiciário, como no caso concreto dos autos, deve se dar em conformidade com os ditames da autocontenção, mercê da maior capacidade institucional do Poder Executivo para a definição de políticas públicas.” (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **SL 1.304 AgR/AM**. Relator: ministro Luiz Fuz. Julgado em 21/02/2022).

⁵⁶⁵ “2. A regra de responsabilização exclusiva do diretório partidário que, direta e individualmente, contrair obrigação, violar direito, ou, por qualquer modo, causar dano a outrem não ofende o caráter nacional dos partidos políticos, decorrendo logicamente do princípio da autonomia político-partidária e do princípio federativo, com os quais aquela determinação convive harmoniosamente. Trata-se, assim, de opção razoável e proporcional do Poder Legislativo, impondo-se ao Poder Judiciário autocontenção e a devida deferência à escolha levada a cabo pelo Congresso Nacional pela via democrática.” (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **ADC 31/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 22/09/2021).

⁵⁶⁶ “7. A identificação da omissão inconstitucional do Poder Legislativo e sua colmatação pela via injuncional não podem ser indiferentes à autocontenção (*judicial self-restraint*) e à deferência do Poder Judiciário frente à atividade legislativa democrática. A par da necessidade de se caracterizar a mora legislativa, a intervenção judicial pressupõe uma cuidadosa ponderação entre os bens jurídicos em jogo.” (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. **MI 6.781 AgR/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 20/09/2019).

um cuidadoso juízo de ponderação entre os bens jurídicos conflitantes no julgamento do caso concreto.

No âmbito das políticas públicas em direitos sociais, a posição de autocontenção judicial ganha ainda mais relevo, na medida em que elas dizem respeito ao exercício de competência típica de outro Poder. Seja do Legislativo, em sua positivação legal; seja do Executivo, em sua implementação. Em tais casos, dada à expertise técnica e institucional dos órgãos especializados para assessoramento e direção das políticas públicas, como é o caso da ANVISA, no âmbito do direito social à saúde, cabe ao Judiciário adotar uma posição ponderada, de modo a não substituir um juízo político legítimo e razoável de um dos Poderes pelo seu próprio. Posição essa admitida pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Injunção 6.781/DF e do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 1.304/AM.

Assim, vê-se que em diversos casos, notadamente os relacionados com decisões de cunho político, a melhor postura do Judiciário é decidir não decidir.⁵⁶⁷ Ou seja, não interferir no mérito das políticas públicas em direitos sociais estabelecidas pelo Legislativo e pelo Executivo quando elas forem razoáveis e compatíveis com a Constituição.

De outra banda, merece destaque a crítica de Uliano acerca do mito de o ativismo judicial ser um meio necessário para a garantia dos direitos sociais. A crítica do autor está fundada em um estudo comparativo desenvolvido por Ran Hirschl na obra *“The Nordic Conunternarrative: democracy, human development and judicial review”*. Destarte, arremata Uliano:

A análise dos dados aponta que o ativismo judicial não é uma condição necessária, tampouco suficiente para bons indicadores sociais. Não é necessária, pois como visto há países em que o ativismo é um fenômeno raro – ou mesmo inexistente –, mas que apresentam excelentes indicadores relativos ao cumprimento dos direitos humanos e à solidez da democracia. Por outro lado, também não é uma causa suficiente porquanto regiões como a América Latina, com forte ativismo judicial, mantêm resultados medianos ou mesmo baixos quanto aos mesmos indicadores.⁵⁶⁸

Ademais, à luz do exposto neste tópico, vê-se que a *judicial self-restraint*, caracterizada pela prudência e deferência institucional; guarda estreita conexão com os postulados dos diálogos institucionais e da análise do custo e da sustentabilidade dos direitos sociais, na medida em que todos eles estão conectados à noção do imprescindível reconhecimento das limitações

⁵⁶⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1535.

⁵⁶⁸ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 134.

econômicas, materiais e institucionais do Poder Judiciário; além da afirmação do papel imprescindível dos órgãos do Executivo e do Legislativo para execução de políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais. Assim, sob uma perspectiva interna, a *judicial self-restraint* (autocontenção judicial) funciona como um instrumento institucional para, de um lado, coibir práticas judiciais ativistas e, de outro, fiscalizar a legalidade, validade e razoabilidade das políticas públicas sociais levadas a cabo pelo Executivo e pelo Legislativo.

De outra banda, sob uma perspectiva externa de controle da atividade judicial, situa-se o instituto da *accountability*, o qual deve ser compreendido a partir da premente necessidade de controlar o poder estatal para, com isso, evitar abusos e proteger os cidadãos.

Rodrigues⁵⁶⁹ leciona que a noção política do instituto da *accountability* possui duas conotações elementares. A primeira diz respeito a obrigação dos agentes estatais, o que inclui os magistrados, de prestar explicações a respeito de suas atividades e ações. Assim, vê-se que tal conotação diz respeito à exigência de transparência e justificação dos atos estatais por parte dos seus agentes responsáveis. Já a segunda conotação consiste na coação legal, que é a capacidade das agências responsabilizadoras de aplicar sanções aos detentores do poder estatal que violarem seus deveres institucionais. Ou seja, é o poder-dever de sancionar os agentes que se desviarem do legítimo exercício do seu múnus público.

Em posição análoga, Abboud⁵⁷⁰ arremata que a *accountability* pode ser compreendida como sendo “o dever de prestar contas mediante critérios racionais previamente estabelecidos, acrescido da responsabilização dos agentes públicos que tenham desviado das funções inerentes ao cargo que ocupam”.

Ademais, acrescenta o autor supracitado que a instituição de mecanismos eficazes de *accountability* é fundamental para a preservação do regime democrático. Isso porque:

(...) À míngua de fiscalização, os indivíduos eleitos para representar os interesses do povo encontram liberdade maior para desviar da finalidade subjacente a seu mandato – i.e., o atendimento do bem comum; por outro lado, juízes investidos no cargo para aplicar o direito, encontram brecha para decidir conforme critérios outros, que não a lei e a Constituição. A democracia só funciona da maneira devida quando aqueles que exercem o poder estão sob constante vigilância, tanto da população, quanto das

⁵⁶⁹ RODRIGUES, Leandro do Nascimento. **O Conselho Nacional de Justiça como instrumento de accountability horizontal: análise do período 2005-2007**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília. Brasília, 2008, p. 38.

⁵⁷⁰ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1439.

demais instituições. Baixa adesão à forte *accountability* imediatamente se reflete em corrupção política, fragilidade das eleições e ativismo judicial.⁵⁷¹

Pelo exposto, vê-se que a *accountability* traduz-se no binômio prestação de contas/responsabilização. Esses dois elementos possuem uma relação umbilical, na medida em que a transparência, decorrente da prestação de contas, é uma condição necessária para apuração de eventuais distorções e ilegalidades no exercício dos poderes públicos, as quais, por sua vez, são pressupostos para a imposição das sanções adequadas.

Apesar do longo histórico no âmbito internacional, a *accountability* é um instituto ainda timidamente desenvolvido e incorporado às instituições brasileiras. Sua introdução na doutrina pátria, deve-se, em boa parte, ao trabalho pioneiro de Anna Maria Campos,⁵⁷² a qual teve seu primeiro contato com o estudo do instituto em sua especialização acadêmica nos Estados Unidos, em 1975, período em que o Brasil estava submetido ao regime militar. À luz do aprendizado no estrangeiro, a autora introduziu no Brasil a compreensão da *accountability* como sendo um mecanismo democrático atrelado ao exercício e a legitimidade do poder político pelos agentes do Estado; além da preservação dos valores fundamentais, como dignidade humana, igualdade e representatividade.⁵⁷³

A *accountability*, assim, é mais do que um simples instrumento formal de punição de agentes públicos. Ela consiste num complexo mecanismo de contenção e legitimação do poder, com vistas a assegurar a sobrevivência do regime democrático e a preservação dos direitos fundamentais. Desse modo, verifica-se que quanto mais democrático for um país, maiores serão os seus mecanismos de *accountability*.⁵⁷⁴ Tais postulados, consoante leciona Campos, devem-se ao fato de que:

A inevitável necessidade do desenvolvimento de estruturas burocráticas para atendimento das responsabilidades do Estado traz consigo a necessidade da proteção dos direitos do cidadão contra os usos (e abusos) do poder pelo governo como um todo, ou de qualquer indivíduo investido em função pública. Na proporção em que as organizações oficiais aumentam seu tamanho, complexidade e penetração na vida do cidadão comum, cresce também a necessidade de salvaguardar este último dos riscos da concentração de poder nas mãos dos servidores públicos, quando esses não são representantes ativos dos cidadãos. A inexistência de controle efetivo e de penalidades aplicáveis ao serviço público, em caso de falhas na execução de diretrizes

⁵⁷¹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1439.

⁵⁷² PRADO, Izabel Cristina Navarro. **A *accountability* como mecanismo de controle social da atividade judicial**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 53.

⁵⁷³ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quanto poderemos traduzi-la para o português?. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 30-50, fev./abr. 1990, p. 30-31.

⁵⁷⁴ ABBOUD, Georges, *op. cit.*, p. 1442.

legítimas, de acordo com Mosher, enfraquece o ideal democrático do governo pelo povo, porque expõe os cidadãos aos riscos potenciais da burocracia.⁵⁷⁵

Sob a influência da obra “Democracia Delegativa?”, de autoria de Guillermo O’Donnell, a doutrina especializada lecionada que a *accountability* opera em dois frentes. Um vertical, exercido pelos cidadãos/eleitores; e outro horizontal, desempenhado pelos próprios órgãos do Estado, uns em face dos outros.⁵⁷⁶ Ou, nas palavras de O’Donnell:

(...) Nas democracias consolidadas, a *accountability* opera não só, nem tanto, "verticalmente" em relação àqueles que elegeram o ocupante de um cargo público (exceto, retrospectivamente, na época das eleições), mas "horizontalmente", em relação a uma rede de poderes relativamente autônomos (isto é, outras instituições) que têm a capacidade de questionar, e eventualmente punir, maneiras "impróprias" de o ocupante do cargo em questão cumprir suas responsabilidades (...).⁵⁷⁷

No que diz respeito ao controle vertical, é importante frisar que ele não se esgota no processo eleitoral. Do contrário, membros de instituições cujo acesso não está sujeito ao sufrágio, como o Judiciário, seriam irresponsabilizáveis. Na verdade, todos os magistrados se sujeitam à *accountability* vertical, na medida em que todos os seus atos devem ser fundamentados, sob pena de nulidade (dever de transparência). Assim, no sistema institucional brasileiro, a prestação de contas dos juizes é operada por meio da exigência de fundamentação, impessoalidade e transparência de suas decisões, ainda que sua investidura não se sujeite ao escrutínio eleitoral.⁵⁷⁸

No plano jurídico brasileiro, a Constituição Federal previu de forma expressa o dever de fundamentação por parte dos juizes, sob pena de nulidade de suas decisões (art. 93, IX, CF/88).⁵⁷⁹ A fundamentação, assim, não é um mero formalismo, mas sim uma condição de validade e legitimidade das decisões judiciais, sendo a forma pela qual os membros do Judiciário se sujeitam à *accountability* vertical. Ela, ademais, deve estar calcada nos deveres de racionalidade, transparência e vinculação ao Direito, sendo o reflexo da criação da norma pelo intérprete, a partir dos elementos que lhes foram apresentados.

⁵⁷⁵ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quanto poderemos traduzi-la para o português?. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 30-50, fev./abr. 1990, p. 33.

⁵⁷⁶ PRADO, Izabel Cristina Navarro. **A *accountability* como mecanismo de controle social da atividade judicial**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 54.

⁵⁷⁷ O’DONNELL, Guillermo. **Democracia delegativa?**. Disponível em: <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022, p. 32.

⁵⁷⁸ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1440-1442

⁵⁷⁹ Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Em razão disso, vê-se a centralidade da fundamentação das decisões como mecanismo de controle dos atos judiciais, como apontam Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

(...) o juiz, como agente do poder não legitimado pelo voto, não pode deixar de justificar as decisões que prolata. Aliás, não se pode esquecer que, enquanto a decisão legislativa (a lei) expressa o resultado do embate parlamentar, a decisão jurisdicional, embora possa ser aperfeiçoada mediante o sistema recursal e de formação jurisprudencial, pode ser tomada apenas por um juiz. A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido – deve ele demonstrar as razões de seu convencimento a partir do diálogo entretido com as partes ao longo do processo, como, aliás, frisa no novo Código de Processo Civil em seus arts. 7.º, 9.º, 10 e 489, § 1.º. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico-argumentativo capaz de ser demonstrada mediante a relação entre o relatório, a fundamentação, a parte dispositiva, as alegações formuladas e as provas produzidas pelas partes no processo.⁵⁸⁰

A *accountability*, proporcionada pelo dever de motivação das decisões, é uma importante ferramenta no combate às decisões ativistas, na medida em que exigem do julgador a exposição dos motivos que o levaram a decidir de determinada forma, guiando-se por critérios argumentativos lógicos, racionais e transparentes; além da exigência de vinculação ao programa e ao âmbito da norma.⁵⁸¹ Desse modo, quanto mais transparente for uma decisão judicial, mais *accountable* ela será.

A fundamentação das decisões judiciais em matéria de direitos sociais é de grande relevo para fins de *accountability*, na medida em que grande parte dos direitos sociais está positivado na forma de princípios, os quais possuem uma densidade normativa baixa, devido a sua reduzida precisão semântica. Daí, o alerta de Ávila⁵⁸² no sentido de que o emprego de princípios na fundamentação das decisões judiciais deve se dar em atenção ao caráter complementar e parcial dessa espécie normativa, na medida em que eles não têm a pretensão de produzir uma solução específica, mas apenas contribuir, junto com as demais razões, para a tomada da decisão judicial.

Assim, quando o magistrado atuar no controle de políticas públicas sobre direitos sociais cabe a ele, sob pena de nulidade, fundamentar de forma lógica, racional e jurídica as razões que

⁵⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. E-book.

⁵⁸¹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42.

⁵⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 100.

o levaram a tomar determinada decisão. Sendo-lhe vedado, nesse mister, a adoção de enunciados performáticos, ou de argumentação meramente consequencialista. Isso porque o dever de fundamentação exige do juiz a obrigação de demonstrar a congruência de sua decisão com o Direito. Portanto, vê-se ser incabível o emprego de elementos desprovidos de juridicidade como *ratio decidendi*, como é o caso das consequências meramente econômicas ou políticas.

De outra banda, como aponta O'Donnell,⁵⁸³ a *accountability* horizontal opera nas relações entre os Poderes e instituições do Estado, através da fiscalização, questionamento e punição dos ocupantes de cargos públicos que violarem seus deveres funcionais. Assim, trata-se de um controle intraestatal, traduzido na “existência de instituições legalmente autorizadas a exercer o controle mútuo sem ferir a separação de poderes, com a incumbência de investigar e punir ilegalidades praticadas por agentes públicos.”⁵⁸⁴

Campos⁵⁸⁵ leciona que o estabelecimento do controle dentro da estrutura do próprio órgão ou Poder (controle interno) não é suficiente para garantir níveis satisfatórios de *accountability*, na medida em que a referida função pode ser empregada com desvio de finalidade, ou ainda com independência comprometida, em razão das relações hierárquicas inerentes à estrutura burocrática do Estado. Assim, a autora defende que o eficiente funcionamento da *accountability* depende do desenvolvimento de mecanismos externos de controle.

O desenvolvimento eficaz da *accountability* exige ainda uma atuação em rede. Isso é, os diferentes mecanismos de controle não devem funcionar de forma isolada, mas sim interligada. Nesse processo, é fundamental a participação dos juízes e tribunais,⁵⁸⁶ enquanto entes responsáveis pela fiscalização e responsabilização dos agentes públicos, notadamente no que diz respeito à execução de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais.

⁵⁸³ O'DONNELL, Guillermo. **Democracia delegativa?**. Disponível em: <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022, p. 32.

⁵⁸⁴ OLIVEIRA, Geovane Pedro. **O protagonismo do Tribunal Superior Eleitoral e o seu impacto na relação de accountability entre legislativo e judiciário**. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2018, p.29

⁵⁸⁵ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quanto poderemos traduzi-la para o português?*. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 30-50, fev./abr. 1990, p. 34.

⁵⁸⁶ RODRIGUES, Leandro do Nascimento. **O Conselho Nacional de Justiça como instrumento de accountability horizontal: análise do período 2005-2007**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília. Brasília, 2008, p. 41.

Por operar no plano do controle externo, a *accountability* horizontal pode ser compreendida como um instrumento institucional de freios e contrapesos (*checks and balances*),⁵⁸⁷ salutar para a preservação da Democracia, na medida em que garante uma mútua fiscalização entre as diferentes instituições estatais.

Segundo a doutrina de Canotilho⁵⁸⁸, o poder-dever constitucional de controle, que é aquele exercido através de mecanismos institucionais de regulação e fiscalização de uma instituição sobre outra, visando a autorregulação do Estado, pode ser exercido de duas formas. Se houver uma relação de mando, ou de novação estrutural, de um Poder em relação a outro, estar-se-á diante do controle primário ou subjetivo. De outro modo, se a relação for apenas de fiscalização ou de ratificação, de modo a respeitar a independência funcional entre órgãos e instituições, estará configurado o controle secundário ou objetivo.

No caso do Brasil, em razão da independência entre os Poderes (art. 2º da CF/88), não existe controle primário entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Todavia, como ensina Bonavides⁵⁸⁹, para evitar um modelo de Estado incontrolável, a Constituição prevê alguns instrumentos de freios e contrapesos, os quais se qualificam como controle secundário, à luz da teoria de Canotilho acima exposta. Por exemplo, compete ao Senado Federal julgar os membros do Supremo Tribunal Federal pela prática de crimes de responsabilidade (art. 52, II, da CF/88).

Por ter como função típica processar e julgar os atos impugnados dos demais Poderes, o Judiciário é um ente de *accountability* por natureza. Aliás, como aponta Rodrigues,⁵⁹⁰ a autonomia do Judiciário frente aos demais Poderes, especialmente quanto à sua liberdade de proferir decisões, é um pressuposto básico para o desenvolvimento adequado da *accountability* horizontal. O autor, contudo, adverte que essa autonomia pode ser degenerada, de modo a facilitar que os tribunais sejam empregados como instrumentos a serviço de grupos e partidos

⁵⁸⁷ PRADO, Izabel Cristina Navarro. **A *accountability* como mecanismo de controle social da atividade judicial**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 67.

⁵⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 587.

⁵⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 179.

⁵⁹⁰ RODRIGUES, Leandro do Nascimento. **O Conselho Nacional de Justiça como instrumento de *accountability* horizontal: análise do período 2005-2007**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília. Brasília, 2008, p. 43.

políticos, através da influência de suas decisões (*adversarial legalism*)⁵⁹¹; ou ainda serem empregados como agentes promotores de privilégios (tese da preservação hegemônica).⁵⁹²

Tendo isso em vista, faz-se necessário recordar a lição de Campos,⁵⁹³ segundo a qual o regime democrático impõe que o vigia também seja vigiado. Daí, a indeclinável conclusão de que o Poder Judiciário precisa estar submetido a mecanismos horizontais de controle.

Sob esse prisma, importante destacar que a instituição de mecanismos de controle à atividade judicial (*accountability* horizontal) não viola a independência funcional dos magistrados. Isso porque, à luz da contemporânea teoria da separação dos poderes; também devem os membros do Judiciário prestar contas dos seus atos e serem responsabilizados quando se desviarem de sua função institucional.⁵⁹⁴

No plano institucional do próprio Judiciário, um importante passo rumo à instituição de um ente de *accountability* horizontal se deu com a Emenda Constitucional 45, a qual instituiu o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle administrativo e financeiro do Judiciário; pela fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes; e por receber e processar reclamações disciplinares contra membros do Judiciário.

Já no plano externo, há outros mecanismos de controle e reação à atividade judicial desviante, denominados por Uliano⁵⁹⁵ de “instrumentos de reação política ao ativismo judicial”. Eles se dividem em dois grupos: influências institucionais e mecanismos de superação legislativa (mutação constitucional legislativa). No primeiro grupo estão inseridos a alteração no número de membros das cortes (*court packing*); alteração da competência do tribunal; punição de juízes; cortes salariais e orçamentários; desobediência a decisões judiciais tidas como ativistas; e seleção de novos membros para os tribunais. Já o segundo grupo, o da superação normativa, abarca a edição de emendas constitucionais, leis ordinárias e mecanismos de *weak judicial review*.

⁵⁹¹ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022, p. 115-116.

⁵⁹² HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020, p. 95-96.

⁵⁹³ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quanto poderemos traduzi-la para o português?*. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 30-50, fev./abr. 1990, p. 35.

⁵⁹⁴ PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; FREIRE NETO, Lourenço de Miranda. Direitos sociais em tempos de crise: vedação ao retrocesso judicial e moderação judicial. **Revista Justiça e Direito**. v. 34, n. 1, p. 57-75, Jan./Abr. 2020, p. 267.

⁵⁹⁵ ULIANO, André Borges, *op. cit.*, p. 148.

Dentro do primeiro grupo, alguns componentes denotam ser incompatíveis com o exercício regular da *accountability*, entendida como instrumento democrático de controle; notadamente a *court packing*, o corte salarial e orçamentário, e a desobediência. Isso porque, no primeiro caso, revela-se ser uma manipulação política da função judicante, visando moldar o juízo da corte à ideologia do governante. Já no segundo porque evidencia uma flagrante e arbitrária perseguição institucional. Postura essa vedada expressamente pela Constituição Federal, através da garantia da irredutibilidade de subsídio (art. 95, III, da CF/88). Já no terceiro caso porque configura uma quebra institucional, na medida em que a discordância a respeito do conteúdo das decisões judiciais deve ser manifestada através da via recursal, e não do descumprimento imotivado.

Já o segundo grupo, o da superação normativa, pode ser compreendido a partir da superação da tese da supremacia judicial e da adoção dos diálogos constitucionais/institucionais. Isso porque, como visto no tópico 4.3 deste trabalho, a contemporânea teoria constitucional não coaduna com a posição de que compete ao Judiciário dar a última, ou a única, palavra acerca da interpretação da Constituição.

A respeito do descabimento da supremacia judicial e dos mecanismos de reação institucional às decisões judiciais, merece destaque a lição de Souza Neto e Sarmiento:

Não compartilhamos dessa premissa, que, em nossa opinião, é equivocada tanto sob o ângulo descritivo como prescritivo. Sob a primeira perspectiva, não é verdade que, na prática, o Supremo Tribunal Federal dê sempre a última palavra sobre a interpretação constitucional, pelo simples fato de que não há última palavra em muitos casos. As decisões do STF podem, por exemplo, provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes, levando a própria Corte a rever a sua posição inicial sobre um determinado assunto. Há diversos mecanismos de reação contra decisões dos Tribunais Constitucionais, que vão da aprovação de emenda constitucional em sentido contrário, à mobilização social em favor da nomeação de novos ministros com visão diferente sobre o tema.⁵⁹⁶

Recentemente, no caso da deliberação acerca da (não)taxatividade da cobertura dos tratamentos cobertos por planos de saúde, verificou-se uma didática demonstração do mecanismo da superação legislativa de decisões judiciais. No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1886929/SP e 1889704/SP, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a lista dos tratamentos cobertos pelos planos de saúde (rol da Agência

⁵⁹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, n. 02. ISSN 1516-0351 p. 119-161, 2013, p. 136.

Nacional de Saúde Suplementar – ANS) possui caráter taxativo.⁵⁹⁷ Dada a forte oposição popular e política à referida decisão, o Congresso Nacional editou um ato normativo com vistas a superar, pela via legal, o entendimento do STJ, posição essa materializada por meio da Lei 14.454/2022, a qual, de forma expressa, previu que o supracitado rol possui natureza exemplificativa, e não taxativa, como fora decidido pelo STJ.⁵⁹⁸

No campo da judicialização das políticas públicas em direitos sociais, a *accountability* sobre o Poder Judiciário é essencial, notadamente em razão dos seus notáveis reflexos nas esferas social, econômica e política, tanto do Estado, quando dos particulares.

Assim, seja no plano vertical, por meio da clara, concisa e racional argumentação decisória; seja no plano horizontal, através de mecanismos internos, como os exercidos pelo CNJ; e externos, como a responsabilização perante órgãos legislativos, como é o caso do Senado Federal, quando do julgamento dos crimes de responsabilidade; ou do Congresso Nacional, por meio da superação legislativa de precedentes judiciais; a *accountability* se mostra como uma das mais relevantes formas de garantia da Democracia e da cidadania.

A contemporânea abordagem acerca do exercício e manutenção da Democracia está ancorada na necessidade de contenção do poder. Na medida em que as decisões judiciais são manifestações do poder do Estado, elas devem estar sujeitas a uma rede de controles sociais e institucionais, de modo a garantir a preservação e a concretização dos direitos fundamentais e a observância à independência e à separação dos poderes.

Destarte, vê-se que o amadurecimento democrático e civilizacional pressupõe, de um lado, o respeito aos limites institucionais das competências de cada um dos Poderes; e, de outro, o desenvolvimento de mecanismos para responsabilização daqueles que violarem os referidos limites.

⁵⁹⁷ STJ. **Rol da ANS é taxativo, com possibilidades de cobertura de procedimentos não previstos na lista.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo--com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em: 23 jan. 2023.

⁵⁹⁸ AGÊNCIA SENADO. **Publicada lei que derruba rol taxativo para cobertura de planos de saúde.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/22/publicada-lei-que-derruba-rol-taxativo-para-cobertura-de-planos-de-saude>. Acesso em: 23 jan. 2023.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde as mais remotas manifestações do constitucionalismo, a premente necessidade de contenção do poder do Estado esteve presente como um fator central dentre os seus objetivos.

O Estado, como visto ao longo deste trabalho, é uma entidade em contínuo processo de mutação, atributo esse imprescindível para a adequada compreensão do seu papel social, jurídico e político.

Com o estabelecimento do constitucionalismo moderno, foi reservado ao Estado um papel eminentemente passivo. As limitações dessa postura levaram ao desenvolvimento do constitucionalismo social, o qual regulamentou e alicerçou uma nova visão de Estado acentuadamente proativa. A ampliação do catálogo dos direitos, promovida pelo constitucionalismo social, impôs uma nova abordagem acerca do funcionamento estatal, na medida em que, de agente passivo, passou o Estado a ser um demandado agente social ativo.

Tanto no plano nacional, com as leis e as constituições; quanto no internacional, com os acordos, tratados e convenções; os direitos sociais despontaram como prestações juridicamente exigíveis. Como visto, tal exigibilidade não pode estar estrita à esfera executiva. Em razão disso, o Judiciário ascendeu como um ator central no sistema jurídico de proteção e efetivação de direitos sociais.

Assim como o Estado, o Judiciário teve seu papel modificado ao longo dos anos. Desse modo, de uma instituição de pouca expressão, por não ter o braço forte das armas, nem a chave dos cofres públicos, como apontado nos *Federalists Papers*; o Judiciário se transformou num ator central dentro do jogo político. Além das modificações legislativas, tal ascensão se deveu, em grande parte, às teorias jurídicas direcionadas à disciplina do poder e do Direito, com destaque ao neoconstitucionalismo e ao pós-positivismo.

As duas supracitas tradições promoveram uma profunda transformação no papel dos juízes perante o Direito e o Estado. Por meio da hermenêutica pós-positivista, o juiz foi alçado de “boca da lei” a criador do Direito. Já com o neoconstitucionalismo, a forma de atuar do magistrado foi modificada. De mero agente da burocracia estatal, ele passou a ser encarado como um ativo agente político nas decisões do Estado e na concretização dos direitos, por meio de suas decisões.

A ascensão do Poder Judiciário trouxe consigo um indesejável elemento desestabilizador e disruptivo, o ativismo judicial, entendido como uma deformação do legítimo exercício da função jurisdicional.

A positivação dos direitos sociais, no plano nacional e internacional, proporcionou a sua exigibilidade judicial. Tal fator está atrelado ao macrofenômeno da judicialização da política, o qual é regular e legítimo, sendo um desdobramento da contemporânea teoria da separação dos poderes. Todavia, quando exercida além dos limites institucionais, a judicialização se degenera em ativismo. Assim, vê-se que o ativismo judicial não pode ser confundido com a judicialização da política e dos direitos sociais.

O pilar do ativismo judicial reside na discricionariedade, a qual foi trabalhada nesta pesquisa como sendo uma expressão do voluntarismo e do subjetivismo do julgador. Por meio das contribuições de Friedrich Müller, operou-se a diferenciação entre texto e norma. Apesar de distintos, eles são inseparáveis, na medida em que não pode haver norma (fruto da aplicação/interpretação) descolada do texto. A partir disso, Friedrich Müller desenvolveu sua doutrina acerca do programa da norma (elementos textuais) e do âmbito da norma (elementos não textuais). Desse modo, a criação da norma exige a confrontação do texto com a realidade, não havendo espaço nos sistemas jurídicos democráticos para escolhas pessoais ou voluntarismos.

A principal objeção ao ativismo judicial diz respeito à sua ilegitimidade, na medida em que ele é fruto não da deliberação democrática, ou da regular criação do Direito, mas sim do voluntarismo. Tal objeção é acertada, uma vez que não foi dado aos juízes o poder de criar direitos ou políticas sociais; nem de substituir as decisões em matéria de direitos sociais tomadas pelos membros dos demais Poderes por outras que lhes pareçam mais acertadas ou razoáveis. Afinal, só é legítimo ao Judiciário afastar uma política pública quando ela for incompatível com a Constituição ou com as leis (controle de legalidade ampla).

Uma vez constatado o problema do ativismo judicial, faz-se necessária a adoção de mecanismos com vistas à sua contenção. Como exposto ao longo deste trabalho, tais mecanismos podem ser internos ou externos.

No primeiro caso, uma das formas de aplacar o ativismo é através da adoção da postura de autocontenção (*self-restraint*), ou seja, nos casos que digam respeito à competência dos demais Poderes, não cabe ao Judiciário intervir, salvo quando se estiver diante de um ato ilícito

ou inconstitucional. De outra banda, quando estiver diante de atos lícitos e razoáveis, cabe aos juízes agirem com deferência às escolhas políticas e técnicas dos demais Poderes, reservando à atividade judicial um papel de fiscalização das políticas públicas, e não de indevida invasão.

Já no campo externo, a *accountability* se mostra como um eficaz instrumento de controle de decisões ativistas, seja por meio da exigência de fundamentação técnica, clara e racional nas decisões judiciais (*accountability* vertical); seja mediante a responsabilização de juízes que violarem seus deveres funcionais, ou através da superação legislativa de decisões judiciais ativistas (*accountability* horizontal).

Ademais, não se pode olvidar que o controle da atividade judicial não viola a independência funcional dos juízes. Ao revés, a legitima, na medida em que a torna mais transparente e democrática.

A contemporânea abordagem da separação dos poderes exige que todas as formas de expressão do poder estatal sejam passíveis de controle, o que, indeclinavelmente, inclui a atuação judicial. Desse modo, por serem uma expressão do poder do Estado, não podem as decisões judiciais ficarem alheias a mecanismos de controle, sob pena de violação do princípio democrático e republicano.

De outra banda, ainda que não se esteja diante de abusos judiciais ativistas na aplicação dos direitos sociais, a atuação judicial nessa delicada seara não pode se dar de forma isolada e unilateral. Isto é, em descon sideração à realidade social e institucional.

A previsão legal de um direito não o torna automaticamente exigível por todos. Dessa forma, a razoabilidade desponta como um importante vetor na atuação judicial no campo dos direitos sociais. Logo, cabe ao juiz aferir, no caso concreto, se o pleito individual está de acordo com as legítimas expectativas acerca daquilo que é razoável o indivíduo exigir do Estado e da coletividade.

Do mesmo modo, a proporcionalidade e sua técnica de ponderação, à luz das contribuições de Robert Alexy, são de grande valia na orientação das decisões judiciais, especialmente quando se estiver diante de um impasse provocado pela colisão entre a exigência judicial de um direito fundamental relativo ao núcleo do mínimo existencial e as limitações materiais do poder público em atendê-la (reserva do possível).

Para se levar a sério os direitos sociais, faz-se necessário se ater aos seus custos. Sob esse prisma, situam-se as fundamentais contribuições das teorias do custo dos direitos e da sustentabilidade social.

Todo direito exige um custo do Estado, de forma direta ou indireta. Sucede que o orçamento público é finito, o que obriga o administrador a eleger prioridades, a partir de critérios técnicos e políticos. Desse modo, quando um magistrado julgar uma política pública compatível com a Constituição, ou uma ação social, cabe a ele se atentar para o impacto financeiro provocado por elas no orçamento do ente público responsável por custeá-las. Isso se deve ao fato de que o orçamento estatal possui vocação universal. Isto é, ele é responsável por custear todos os direitos e políticas sociais estatais. Desse modo, ao tratar de forma individual uma prestação cuja natureza é social/coletiva, corre-se o risco de comprometer a sustentabilidade do sistema de proteção social e a igualdade material.

Destarte, vê-se a importância de as políticas públicas sociais serem tratadas no âmbito das ações coletivas, de forma a não privilegiar um indivíduo em detrimento da comunidade, seja na geração presente, seja nas futuras. Isso porque a sustentabilidade social exige que o financiamento e a execução das políticas sociais se deem num plano intergeracional, de modo a garantir que o desenvolvimento social presente não comprometa as prestações sociais devidas às gerações futuras.

Dadas as limitações institucionais e informacionais do Judiciário, os diálogos constitucionais despontam como um importante instrumento de pacificação institucional e de promoção dos direitos sociais, na medida em que proporcionam uma saudável relação entre os Poderes da República. Tal postulado se deve ao reconhecimento da inexistência de supremacia judicial na aplicação dos direitos. Desse modo, as soluções para os complexos dilemas acerca da efetivação dos direitos fundamentais devem ser buscadas pela via dialogada, e não pela imposição judicial. Isso se deve tanto a razões de ordem institucional, como a maior capacitação técnico-científica de instituições do Executivo para tratar de políticas públicas, tal qual é o caso da ANVISA em relação à saúde; quanto de ordem material, no que diz respeito a maior expertise do Executivo para decidir acerca da alocação de recursos públicos e para eleger prioridades sociais.

Destarte, conclui-se que a judicialização é uma legítima e importante ferramenta no processo de efetivação e concretização dos direitos sociais. Todavia, dada a atual leitura acerca

da separação dos poderes e do regime democrático, vê-se como inadequadas as decisões judiciais proferidas de forma estanque e unilateral. Isso porque, à luz dos diálogos constitucionais, a atuação dos Poderes, com vistas a efetivação dos direitos fundamentais, deve se dar de forma coordenada e harmônica. Assim, em vez de uma postura de supremacia, deve o Poder Judiciário, em especial as suas cortes superiores, atuar de forma dialogada, de modo a garantir a tomada de decisões multilaterais, sustentáveis e democráticas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ABRAMOVICH, Víctor. Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, a. 2, n. 2, 2005.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Editores). **La protección judicial de los derechos sociales**. 1. ed. Quito: Editora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGÊNCIA SENADO. **Publicada lei que derruba rol taxativo para cobertura de planos de saúde**. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/22/publicada-lei-que-derruba-rol-taxativo-para-cobertura-de-planos-de-saude>. Acesso em: 23 jan. 2023.

ALEMANHA. **BVerfGE 33, 303 – numerus clausus**. 1972. Disponível em:

<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ALEMANHA. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha**. 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 67–79, 1999.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, jun. 2003.

ALEXYY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005.

ARAÚJO, Roberto Alcântara de Oliveira. **Declaração de (in)constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro: a interpretação conforme a constituição e a técnica de decisões manipulativas aditivas pelo Supremo Tribunal Federal**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2018.

ARENAS MEZA, Miguel. El diálogo judicial euro-latinoamericano em el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de derechos humanos. Araucária. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, año 20, nº 40. Segundo semestre de 2018. P. 577-604. ISSN 1575-6823 e-ISSN 2340-2199, 2018.

ASSIS, Deire. "Na inércia dos dois Poderes, o Judiciário vai lá e resolve". **Jusbrasil**, 2012. Disponível em: <https://asmego.jusbrasil.com.br/noticias/100148802/na-inercia-dos-dois-poderes-o-judiciario-vai-la-e-resolve>. Acesso em: 13 dez. 2022.

AUSTIN, John. **How to do things with words: the William James lectures delivered at Harvard University in 1955**. 1. ed. Oxford University Press, 1962, p. 5.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO NETO, Planton Teixeira. **A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça: em busca da proteção efetiva do sujeito trabalhador na contemporaneidade**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2016.

BARCELLOS. Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2008.

BARNES, Robert. Kagan says questions of legitimacy risky for Supreme Court. **The Washington Post**. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/07/21/elena-kagan-supreme-court-legitimacy/>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BARRETT, Amy Coney. Originalism and stare decisis. **Notre Dame Law Review**, vol. 92, p. 1921-1944, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas supremas cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set.-dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Constitucionalismo social: direitos sociais e o Supremo Tribunal Federal. **Revista FMU Direito**. São Paulo, ano 28, n. 41, p.94-107, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição política do Império do Brasil. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

_____. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. **Orçamento 2021 é sancionado; Educação, Economia e Defesa têm maiores cortes**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/749955-orcamento-2021-e-sancionado-educacao-economia-e-defesa-tem-maiores-cortes/>. Acesso em: 08 mai. 2022.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf>. Acesso em 28 mai. 2022.

_____. STF. Segunda Turma. **ARE 761127**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 23/08/2011.

_____. STF. **MI 7300/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 27/04/2021.

_____. STF. **MI 6781 AgR**, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019.

_____. TST. **RR 100353-02.2017**. 3ª Turma. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 07/04/2022.

_____. STF. **ADI 6.119**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022.

_____. STF. **ADI 6.139**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 05 set. 2022.

_____. STF. **ADPF 772 MC/DF**. Relator: ministro Edson Fachin. Julgado em: 14 dez. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **TC 009.253/2015-7**. Relator: Min. Bruno Dantas, julgado em: 16 ago. 2017.

_____. STF. Tribunal Pleno. **ADI 2.797/DF**. Relator: Min. Menezes Direito. Redator do acórdão: Min. Ayres Britto. Julgado em: 16/05/2012.

_____. STF. Tribunal Pleno. **MS 26.603/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 04/10/2007.

_____. STF. Tribunal Pleno. **ADPF 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 05/08/2020.

_____. STF. Tribunal Pleno. **ADPF 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 05/08/2020.

_____. STF. Primeira Turma. **MS 36.716/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 16/06/2020.

_____. STF. Tribunal Pleno. **SL 1.304 AgR/AM**. Relator: ministro Luiz Fuz. Julgado em 21/02/2022.

_____. STF. Tribunal Pleno. **ADC 31/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 22/09/2021.

_____. STF. Tribunal Pleno. **MI 6.781 AgR/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 20/09/2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**. Revista OABRJ, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, 2008, pp. 11-31.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quanto poderemos traduzi-la para o português?. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 30-50, fev./abr. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (orgs.). **El canon neoconstitucional**. 1. ed. Madrid: Trotta, 2010.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista constituição e garantia de direitos**, v. 9, n. 1, 2016, p. 137-155. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327>. Acesso em: 2 jun. 2022.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2012.

CARVALHO JÚNIOR, José Anselmo de. **O direito e o custo dos direitos**: análise das despesas do Estado brasileiro com ações e serviços públicos de saúde. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016.

CERQUEIRA, Débora Mendonça de. **A perspectiva social dos direitos humanos e o papel da corte interamericana**: uma análise do caso Lagos del Campo vs. Peru. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe. Aracaju, 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Villagrán Morales y otro Vs. Guatemala (1999)**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais: justificação jurídica de decisões e competência. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. **Conjuntura Austral**, Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 09-16, ago./st. 2016.

EXAME. Registro de armas no Brasil dispara sob Bolsonaro; foram cinco por hora. **Exame**, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-registra-cinco-armas-por-hora-para-pessoas-fisicas-em-2019/>. Acesso em: 05 jan. 2022.

FEITEN, Ricardo José. O argumento consequencialista nas decisões do poder judiciário brasileiro. In: ZAKSZESKI, Elisangela Marli (Org.). **As diversas faces dos direitos fundamentais e da democracia**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução: Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRER, Jorge Garcés; RIGLA, Francisco José Rodenás. Teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración. **Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar**, n. 01, 2012.

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.

FORSTER, João Paulo; HAEBERLIN, Martín. O “iluminismo” constitucional: a atuação do Supremo Tribunal Federal entre a autocontenção e o ativismo judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 616–642, 2019.

FREYSLABEN, Márcio Luis Chila. **Globalismo e ativismo judicial**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020.

G1. Número de assassinatos cai 19% no Brasil em 2019 e é o menor da série histórica. **G1**, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da->

violencia/noticia/2020/02/14/numero-de-assassinatos-cai-19percent-no-brasil-em-2019-e-e-o-menor-da-serie-historica.ghml. Acesso em: 05 jan. 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GLEBOVA, Diana. Biden remains opposed to court-packing despite Roe reversal, White House confirms. **National Review**. Disponível em: <https://www.nationalreview.com/news/biden-remains-opposed-to-court-packing-despite-ro-reversal-white-house-confirms/>. Acesso em: 02 jul. 2022.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**, Florianópolis, n. 68, p. 261-290. Jun. 2014.

GRILO, Ludmila Lins. Prefácio. In: HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2020.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Da proporcionalidade à razoabilidade**: entre a técnica e o princípio. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

LEAL, Mônica Clarissa; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017. p. 120.

LEÃO XIII. **Rerum novarum**. 1891. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.pdf. Acesso em: 29 mai. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018.

LIMA FILHO, Francisco. Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional. **Revista de Direito Público**. v. 4, n. 15, Jan/Mar. 2007.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Luciana de Aboim; OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Vulnerabilidades agravadas pela pandemia de COVID-19 e a vedação ao retrocesso social. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**, e-ISSN: 2525-9903, v. 7, n. 1, p. 42-60, jan/jul. 2021.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Tradução: Maria Luiza Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. E-book.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de poderes. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 194. ano 44. p. 21-27. São Paulo: Ed. RT, out. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo 2. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTEIRO, Marcelo Rocha. Scalia, o juiz que sabia que não era rei. In: PIOVESAN, Cláudia. **Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2021.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**, v. 11, nº 43, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Tradução: Dimitri Dimoulis. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria estruturante do direito**. Tradução: Peter Naumann. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. (Org.). **Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Org.). **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. 1. Ee. Coimbra: Almedina, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre a Hidra e Hércules**. 1. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Constituição federal comentada**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia delegativa?**. Disponível em: <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

OEA. **Em face da pandemia do COVID-19, a CIDH manifesta sua preocupação pela situação especial de risco que as pessoas privadas de liberdade enfrentam na região.** Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/212.asp>. Acesso em: 22 jul. 2022.

OLIVEIRA, Geovane Pedro. **O protagonismo do Tribunal Superior Eleitoral e o seu impacto na relação de accountability entre legislativo e judiciário.** 2018. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2018.

OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. **Ativismo judicial (ou jurídico), autocontenção e última palavra na interpretação da Constituição: o que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norte-americano e as teorias do diálogo.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Maranhão. São Luís, 2014.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal.** 2007. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais.** 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais.** Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 6042-6055, 2009.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; FREIRE NETO, Lourenço de Miranda. Direitos sociais em tempos de crise: vedação ao retrocesso judicial e moderação judicial. **Revista Justiça e Direito.** v. 34, n. 1, p. 57-75, Jan./Abr. 2020.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; CARVALHO, Verbena Duarte Brito de Carvalho. Criação “do Direito” e criação “de direitos”: a diferença entre interpretação e ativismo judicial e respectivas consequências. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, e-ISSN: 2526-012X, Belém, v. 5, n. 2, p. 78-92, Jul/Dez. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out./dez. 2011.

PIOVEZAN, Cláudia. A corrupção da linguagem e a inconstitucionalidade da constituição. In: PIOVEZAN, Cláudia (Org.). **Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2021.

PONTES, Juliana de Brito Giovanetti. **Autocontenção no judiciário brasileiro: fatores que possibilitam a ocorrência do fenômeno em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2013.

POSNER, Richard. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, vol. 59, n. 1, p. 1-24, 1983.

POSSAS, Thiago Lemos. Para uma crítica do constitucionalismo social: fragmentos weimarianos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 118, pp. 511-571, jan./jun. 2019.

POUND, Roscoe. Mechanical jurisprudence. **Columbia Law Review**, v. 8, dez. 1908.

POZZOLO, Susana. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editor Trotta, 2010.

PRADO, Izabel Cristina Navarro. **A accountability como mecanismo de controle social da atividade judicial**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; JARAMILLO, Leonardo García (coordenadores). **Filosofía del derecho constitucional: cuestiones fundamentales**. 1. ed. México: Editora de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Superpoder judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018.

RODRIGUES, Leandro do Nascimento. **O Conselho Nacional de Justiça como instrumento de accountability horizontal: análise do período 2005-2007**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SACCO, Francesco. **La responsabilità politico-costituzionale del presidente della repubblica**. Roma: Aracne, 2012.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017.

SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque dos. **O déficit democrático das decisões judiciais fundadas no critério de justiça: a justeza como subterfúgio performático para o ativismo**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, out./dez 2007, p. 171-213.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. p. 272-297. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/18337051.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2022.

_____. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016.

SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitution and laws. **The Tanner Lectures on Human Values**, Princeton University, p. 77-121, mar. 1995.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y cuncion de los derechos fundamentales en el estado constitucional democratico. **Revista de Estudos Políticos**, ISSN 0048-7694, nº 7, p. 07-36, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. 1. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

_____. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, a. 7, n. 27, p. 243-267, abr./jun, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA FILHO, Danio Marcondes. A teoria dos atos de fala como concepção pragmática da linguagem. **Revista de Filosofia da Unisinos**. São Leopoldo, set./dez, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, n. 02. ISSN 1516-0351 p. 119-161, 2013.

SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2011.

SPERANDIO, Pedro Lube. **A quebra da imparcialidade decorrente dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória. 2020.

SPONHOLZ, Sandres. A balada dos onze ressentidos. In: PIOVEZAN, Cláudia. **Sereis como deuses: o STF e a subversão da justiça**. 1. ed. Londrina: Editora EDA, 2021.

STJ. **Rol da ANS é taxativo, com possibilidades de cobertura de procedimentos não previstos na lista**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo--com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em: 23 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e constituição: as consequências da (indevida) cisão entre easy cases e hard cases no direito**. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Nº 2 – Jan/Mar. 2008. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/543/101>. Acesso em: 06 mai. 2021.

_____. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

_____. Weimar e o “constitucionalismo social” para além da “solução de compromisso”: de sua inspiração à crise de paradigmas que nubla o surgimento do “novo” no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

_____. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

_____. **O que é isto**: decido conforme minha consciência. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Weimar e o “constitucionalismo social” para além da “solução de compromisso”: de sua inspiração à crise de paradigmas que nubla o surgimento do “novo” no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022.

_____. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012.

_____. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016.

THE STATE UNIVERSITY OF NEW JERSEY. What is court packing?. **Rutgers Today**. Disponível em: <https://www.rutgers.edu/news/what-court-packing>. Acesso em: 02 jul. 2022.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TONNERA JUNIOR, João. **Sustentabilidade(s) e a concretização judicial dos direitos judiciais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 11 jan. 2022.

ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. 1. ed. Londrina: Thoth Editora, 2022.

VERBICARO, Loiane Prado; FREITAS, Pauliane da Silva. Reflexões sobre a discricionariedade judicial a partir do positivismo jurídico inclusivo, de Wilfrid Waluchow, contrapondo-se à concepção dworkiana. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 1, p. 165-192, jan./abr. 2016.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Harvard University Press, 2016. cap. 3. E-book.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4(2), p. 539-568, jul./dez. 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9. ed. Madrid: Editora Trota, 2009.

ZAMPIERI, Natália. Criminalização da política e politização da justiça. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v.34, n.2, p.367-394, 2014.