

CENTRO UNIVERSITÁRIO SOCIESC – UNISOCIESC

TIAGO SCHLUTER SCHENKEL

**ATIVISMO JUDICIAL E SEU IMPACTO NO EQUILÍBRIO DOS TRÊS
PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**BLUMENAU
2021**

**ATIVISMO JUDICIAL E SEU IMPACTO NO EQUILÍBRIO DOS TRÊS
PODERES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Qualificação submetida ao colegiado do Curso de graduação em Direito em cumprimento aos requisitos para a obtenção do título de bacharel do Centro Universitário SOCIESC - UNISOCIESC.

Orientadora: Profa. Mayara Pellenz

Dedico este trabalho à minha família,
amigos, professores, e todos aqueles que
acreditaram em mim e em meu potencial

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus, pela minha vida, e por me conceder saúde e capacidade de aproveitar a oportunidade de cursar Direito.

Aos meus pais, que sempre me incentivaram, acompanhando e apoiando, no sentido financeiro e emocional.

A minha orientadora Mayara Pellenz, por sua compreensão e amor despendido nos ensinamentos que me passou, possibilitando a elaboração deste trabalho.

A todos os outros professores que me guiaram nessa trajetória, mostrando os caminhos e ensinando como ser um bom acadêmico visando a formação profissional.

Por fim, a todos que de alguma forma contribuíram para a realização desta pesquisa.

A história é um labirinto. Acreditamos saber que existe uma saída, mas não sabemos onde está. Não havendo ninguém do lado de fora que nos possa indicá-la, devemos procurá-la nós mesmos. O que o labirinto ensina não é onde está a saída, mas quais são os caminhos que não levam a lugar algum.
(BOBBIO, Norberto, 1987)

RESUMO

A separação de poderes é fruto da derrocada dos regimes totalitários. Assim, os governos subsequentes tomaram como alicerce a governança conivente com a teoria da separação de poderes. Com isso, propõe-se observar os efeitos do Ativismo Judicial no que concerne às limitações práticas do poder Judiciário no Brasil, isto é, analisar e ponderar os reais impactos causados pelo poder supracitado no Estado Democrático de Direito. Dá-se destaque aos princípios defendidos pelo regime republicano com relação à Democracia. Através de estudos da legislação pertinente e usufruindo de metodologia qualitativa, a presente pesquisa se atém aos objetivos narrados, buscando vertentes práticas, filosóficas e doutrinárias acerca do exposto. O tratamento das referências coletadas seguiu os ensinamentos da análise de conteúdo. Notou-se os meios e mecanismos atuantes no tocante ao poder dado ao povo, assim como as formas de atuação dos Poderes na busca pela manutenção do Estado Democrático de Direito e as suas consequências. Os fatos apurados apontam para a existência do fenômeno do Ativismo Judicial, com variações no que diz respeito à sua aplicação, consequências e percepção nos mais diversos casos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial, Estado Democrático de Direito, Poder Judiciário.

ABSTRACT

The separation of powers is the result of the collapse of totalitarian regimes. Thus, subsequent governments took as their foundation governance colluding with the theory of separation of powers. Therefore, it is proposed to observe the effects of judicial activism with regard to the practical limitations of the Judiciary in Brazil, that is, to analyze and consider the real impacts caused by the aforementioned power in the democratic rule of law. The principles defended by the republican regime about the democracy are highlighted. Through studies of the pertinent legislation and taking advantage of qualitative methodology, the present research sticks to the narrated objectives, seeking practical, philosophical and doctrinal aspects about the exposed. The treatment of collected references followed the teachings of content analysis. We observed the means and mechanisms acting in relation to the power given to the people, as well as the ways in which the Powers act in the search for the maintenance of the democratic rule of law and how its consequences. The facts found point to the occurrence of the phenomenon of judicial activism, with variations regarding its application, consequences and perception in the most diverse cases.

KEYWORDS: Democratic rule of law; Judicial activism. Judicial power.

ROL DE CATEGORIAS

ATIVISMO JUDICIAL: Fenômeno Jurídico que representa uma postura do Poder Judiciário que excede os limites a ele atribuídos resultando em interferência no que se refere a competência dos demais Poderes.

DEMOCRACIA: Regime regido por um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.

DEMOCRACIA DELEGATIVA: Ideia de representação democrática que envolve um elemento de delegação, pelo que uma dada coletividade autoriza alguém a falar por ela, e eventualmente se compromete a acatar o que o representante decidir invocando sua condição de representante.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: Direitos inerentes à pessoa humana e essenciais à vida digna regulamentadas por Estados com auxílio de normas internacionais que versem sobre Direitos Humanos.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Estado que é regido por leis do direito estabelecidas por uma via democrática, respeitando a vontade do povo.

PODER: Capacidade ou possibilidade de agir e de produzir efeitos e no caso do Poder de Estado, tal poder se entende como capacidade geral de agir em favor de um coletivo.

REDEMOCRATIZAÇÃO: Período de restauração da democracia após o fim da ditadura militar em 1985.

TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES: Teoria política de Montesquieu que propõem a divisão dos poderes de um Estado em três repartições distintas, com atribuições diversas, sendo o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	13
1.1 DO CONCEITO DE DEMOCRACIA E DA DEMOCRACIA DELEGATIVA...	14
1.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	17
1.3 DA TEORIA DOS TRÊS PODERES E DA IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO COMBATE À REGIMES TOTALITARISTAS.....	20
1.4 DO PERÍODO DA REDEMOCRATIZAÇÃO NO BRASIL.....	24
2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ORGANIZAÇÃO DOS TRÊS PODERES NO BRASIL	28
2.1 DO CONCEITO DE PODER, LEGALIDADE E LEGITIMIDADE	30
2.2 DOS ENTES FEDERATIVOS	33
2.3 DO PODER LEGISLATIVO	34
2.4 DO PODER EXECUTIVO	37
2.5 DO PODER JUDICIÁRIO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	38
2.6 DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	40
3 DO ATIVISMO JUDICIAL	45
3.1 DOS CASOS PRÁTICOS.....	50
3.1.1 Primeiro Caso	52
3.1.2 Segundo Caso	54
3.1.3 Terceiro Caso.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a consolidação da teoria da separação de poderes ocorreu com a queda de governos totalitaristas, constituindo-se governanças baseadas no princípio da separação de poderes, tão defendida por Mostequeiu em suas obras, à exemplo da obra Espírito das Leis.

No entanto, em democracias, inclusive no Brasil, tem se visto o surgimento de um fenômeno conhecido como Ativismo Judicial, o qual pretende-se ser abordado e estudado neste trabalho, já que pode oferecer grande risco a uma república federativa, sendo que tal fenômeno pressupõe sobreposição de um dos poderes sobre os demais, ultrapassando limites que ofendem a vontade democrática de um República, criando direitos e limitando direitos reconhecidos, sendo neste caso o Poder Judiciário.

Justifica-se tal pesquisa pela necessidade de um aprofundamento na relação entre os três poderes, analisando sua funcionalidade e como esses se fortalecem, para melhor entendimento de como o Poder Judiciário deve atuar, considerando seus limites no ordenamento jurídico, analisando inclusive decisões, a fim de entender se o Ativismo Judicial é comum, sob pena de uma normalização deste fenômeno ameaçar os princípios democráticos.

Deste modo, busca-se entender quais são os impactos causados pelos problemas em nosso ordenamento jurídico, que permitem a atuação do Poder Judiciário de maneira ativista, bem como a forma que pode ser visualizada no Brasil a atuação do Poder Judiciário como ativista e qual a influência do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

Têm-se como objetivo geral traçar uma reflexão acerca dos limites práticos concedidos ao Poder Judiciário no Brasil, no sentido de analisar se tais limites não desequilibram o Estado Democrático de Direito, com ênfase ao real sentido da democracia que a República Brasileira defende.

Nada obstante, diversos objetivos específicos também desejam ser alcançados com esse trabalho, estudando a consolidação do princípio dos três poderes, desde sua história e filosofia até a sua consolidação no mundo moderno, estudar o princípio de democracia com ênfase filosófica ao que se entende como uma verdadeira democracia, a qual também protege minorias respeitando a vontade da maioria.

Também é cristalina a necessidade de um estudo nesse sentido, que busca analisar criticamente a atuação do Poder Judiciário no Brasil, sob a ótica da filosofia, da história, e da Constituição Federal de 1988, nas suas limitações e obrigações, como uma das entidades da tríade dos poderes.

A pesquisa se delimita aos objetivos narrados, os quais facilmente podem ser alcançados sob uma perspectiva de filosofia, história, doutrina e legislação. Além disso, o presente trabalho visa trazer apontamentos e exemplos acerca do Ativismo Judicial, levando em consideração as normas constitucionais e infraconstitucionais, utilizando-se do método indutivo para esta pesquisa, com técnicas¹ voltadas a categoria², conceito operacional³, pesquisa bibliográfica e documental⁴.

Desta maneira, a pesquisa se inicia estudando a origem do Estado Democrático de Direito, e o período que antecedeu a Constituição Federal de 1988, com ênfase aos conceitos de democracia, teoria dos três poderes como precursora do nosso modelo de Estado, e a Redemocratização, oriunda do período pós-militar.

Em seguida, de forma mais explicativa, busca-se demonstrar a importância da Constituição Federal de 1988, e sua estrutura, de modo a se entender como os três poderes funcionam, e por meio de que órgãos, para aportar entendimentos acerca da interpretação constitucional atual.

Quanto à estrutura política administrativa, foi utilizado um capítulo todo, destinado aos três poderes e seus entes federados, explicando como funciona o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como aprofundando a estrutura do Supremo Tribunal Federal, e seu controle constitucional, mediante suas ferramentas, a exemplo da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ADC (Ação Direta de Constitucionalidade) e ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Foi destinado também um espaço para o entendimento quanto ao remédio constitucional do Mandado de Injunção, conhecido por fortalecer o controle de omissões do Poder Legislativo.

¹ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, 2011, p. 205).

² Nas palavras de Pasold (2011, p. 25), “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. Grifos originais da obra em estudo

³ Reitera-se, conforme Pasold (2011, p. 37): “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. Grifos originais da obra.

⁴ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, 2011, p. 207).

Posteriormente, no capítulo seguinte, foi realizado um aprofundamento no estudo do Ativismo Judicial, de forma a entender seu conceito e história, bem como sua prática no Brasil, analisando se este fenômeno de fato existe, bem como o porque este ocorre, e por qual motivo.

Por fim, no último capítulo, restou utilizado quatro exemplos considerados essenciais para entender este fenômeno, de forma a explicar o Ativismo Judicial no Brasil, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Quando se fala em Estado Democrático de Direito no Brasil, primordialmente é necessário nos atermos ao que se entende por democracia brasileira, e como ela foi instituída. Neste sentido, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não só praticamente a conceitua, como a institui, por meio de seu Artigo 1º, parágrafo único, a saber: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Neste sentido, denota-se que nossa Constituição vigente coloca como mecanismo de poder dos cidadãos seus representantes eleitos, estes que pertencem ao Poder Legislativo e Executivo, podendo eles exercerem a democracia em favor de seu povo, que justamente os elege, a fim de suprir por critérios democráticos suas necessidades e obrigações.

Sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é dotada de características normativas, pelo que, já no início, e de forma cristalina, demonstra os princípios que deseja defender, e constitui sabiamente, através de seu Artigo 2º, os três poderes da federação, sendo estes o Poder Executivo, o Legislativo, e o Judiciário.

Da mesma forma que a Constituição de 1988 denominou os 3 poderes da federação, a eles atribuiu diversas funções distintas, no entanto, diretamente relacionadas, devendo estes poderes, como consta no artigo já aludido, possuírem uma relação de harmonia, a fim de uma fluida articulação do aparelhamento estatal na busca de efetividade, bem como para que possam se fiscalizar, aumentando ainda mais sua eficácia.

Entendido alguns pontos importantes quanto à criação da Constituição Federal, bem como seus reflexos iniciais no cenário de um Estado Democrático de Direito, é válida a menção quanto ao período histórico que a antecede.

Pode-se afirmar que a postura de nosso ordenamento jurídico é oriundo de uma Constituição Federal influenciada pela forte oposição à governos totalitaristas, já que elaborada após a Ditadura Militar no Brasil, e em um aspecto global, após a Segunda Guerra Mundial, esta que pautou, ao seu fim, diversos tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário.

Quanto à Constituição Federal de 1988, promulgada 3 anos após o fim da Ditadura Militar, narra Daiane Giusti (2012, p.6):

No Brasil, após 21 anos de ditadura militar, no dia 5 de outubro de 1988, foi promulgada uma nova Constituição denominada Constituição cidadã. Ela incluiu os direitos fundamentais no rol de cláusulas pétreas, proibindo que os direitos fundamentais fossem abolidos ou suprimidos do texto constitucional. No entanto um dos maiores problemas que pairam sobre tais direitos é a sua concretização e efetividade.

Já acerca do posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro no cenário internacional, quanto a tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, disserta Claudio de Almeida Martins (2014, p. 10):

Apesar de a Declaração Universal datar de 1948, somente a partir 1985, com a deflagração do processo de democratização do país, é que o Estado brasileiro passou a ratificar tratados de direitos humanos. **Assim, em 1989, já sob a égide da atual Constituição brasileira, é que houve a ratificação do primeiro tratado de direitos humanos, qual seja: a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes. A partir de então, vários outros tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil** (Grifo nosso).

É importante definir neste primeiro capítulo alguns conceitos para entender o atual cenário brasileiro de maneira mais aprofundada, esmiuçando relatos históricos e ensinamentos de filósofos políticos quanto à concepção de democracia, Estado Democrático de Direito e Separação dos Poderes.

1.1 DO CONCEITO DE DEMOCRACIA E DA DEMOCRACIA DELEGATIVA

Inicialmente, têm-se como necessário descrever a democracia em seu sentido etimológico, conforme ensina Denis L. Rosenfield (1984, p. 7):

A democracia, no sentido etimológico da palavra, significa o "governo do povo", o "governo da maioria". Prevalece nessa primeira aproximação desse fenômeno político uma definição quantitativa. Basta lembrar que a democracia, na antiguidade grega, mais particularmente em Heródoto, é uma "forma de governo" entre duas outras: a monarquia ou "governo de um só" e a aristocracia ou "governo de alguns" (Grifo Nosso).

De mesma forma, veja-se os ensinamentos de Norberto Bobbio (1986, p. 4), que deixou muitos legados quanto à prática Democrática, seu poder invisível e sua importância para as revoluções que ocorreram há séculos, conforme trecho abaixo:

É bem conhecida a força sugestiva que a democracia antiga exerceu na época da revolução francesa. Não importa aqui saber se a realidade estava conforme ao modelo ou se acabou por ser ao longo dos séculos transfigurada num ideal normativo. O governo democrático resta no tempo, e com intensidade ainda maior nos momentos de fermentação e de espera no novus ordo, como o modelo ideal do governo público em público.

É notável que Norberto Bobbio, em suas obras, sempre veio a defender o modelo democrático, pontuando a participação do povo para tanto. O modelo democrático foi de teatros à estádios, cuja forma em que se organizava a publicidade das decisões lá tomadas se assemelha às assembleias atuais, aliadas ao princípio da publicidade.

Não é sem razão que a assembleia tenha sido frequentemente comparada a um teatro ou a um estádio, isto é, a um espetáculo público, onde existem espectadores chamados a assistir a uma ação cênica que se desenrola segundo regras preestabelecidas e se conclui com uma sentença (BOBBIO, 1986, p.3).

Interessante a alusão da transição para a democracia representativa, que justifica a necessidade da eleição de representantes, em face da inevitável expansão territorial, conforme ensina Norberto Bobbio (1986, p. 5):

Todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidas pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?). Mesmo quando o ideal da democracia direta foi abandonado como anacrônico, com o nascimento do grande estado territorial moderno (mas também o pequeno estado territorial não é mais um estado-cidade), e foi substituído pelo ideal da democracia representativa.

Quanto à Revolução Francesa, sabe-se que foi um marco quanto a princípios relacionados aos direitos fundamentais, que certamente refletiu no caráter normativo da vigente Constituição Federal brasileira, que tanto defende o modelo democrático, por entender ser a melhor forma de administração social. Não há nada que represente melhor tal menção à Revolução Francesa quanto o próprio trecho do preâmbulo da Constituição Francesa de 1791, qual seja:

A Assembléia Nacional, desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de reconhecer e declarar, **abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos**. Não há mais nobreza, nem pariato, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justças patrimoniais, nem qualquer dos títulos, denominações e prerrogativas que deles derivavam, nem qualquer ordem de cavalaria, de corporações ou condecorações para as quais se exigiram provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascença, nem qualquer outra superioridade senão aquela de funcionários

públicos no exercício de suas funções. Não há mais venalidades nem hereditariedade para qualquer cargo público. **Não existe mais, para qualquer parte da Nação, nem para qualquer indivíduo, privilégio algum** [...] (FRANÇA, 1971, s. P, grifo nosso).

Observa-se como em tão poucas palavras, há mais de 200 anos, a Revolução Francesa tanto viabilizou a consideração a novos modelos de Estado, regidos sobre fundamentos de liberdade, igualdade e solidariedade, tão valiosos até hoje.

Direcionando-se ao tempos mais recentes, sabe-se que a democracia é um tema um tanto quanto novo no contexto global de governanças, já que tal conceito representa uma forma de poder que veio tomando força em face de acontecimentos recentes, principalmente alguns do século passado, como a 1ª e a 2ª Guerra Mundial, bem como as quedas de governos comunistas. Em que vagos períodos que antecedem os referidos acontecimentos, tal modelo de governo ocorreu, mas não de forma institucional. Nesse sentido, disserta Ronald Inglehart (1993, p. 50):

[...] e as derrotas na I Guerra mundial e na II Guerra mundial foram os eventos-chave que provocaram a primeira e segunda ondas de democratização, o colapso das economias comunistas, combinado à sucessão intergeracional que trouxe Gorbachev ao poder, causaram a onda recente de democratização na Europa Oriental (com repercussões que afetaram mas não levaram à mudança de regime na China). Na antiga União Soviética, a tentativa de golpe pela linha-dura em agosto de 1991 foi o evento desencadeador imediato que levou à queda do comunismo – mas obviamente, a tentativa de golpe foi posta em movimento por causas anteriores mais profundas. **Na Europa Central e Oriental e na antiga União Soviética os regimes pós-comunistas adotaram ou estão adotando instituições democráticas e começaram a realizar eleições livres** (Grifo Nosso).

No decorrer da jornada histórica chega-se à democracia moderna e seu efetivo exercício, a qual é sublime. Entretanto, na prática, exige a participação dos cidadãos, conforme ensina Denis L. Rosenfield (1984, pp. 31 - 32):

A democracia moderna ganhará um novo rosto, inaugurando um novo sentido do político, ao determinar-se por um espaço público de discussão, de luta, de negociação e de diálogo. A reunião de todos aqueles que constituem a sociedade numa forma de organização política aberta ao seu aperfeiçoamento **dá aos cidadãos um novo sentido da comunidade, não excluindo ninguém, por princípio, dos assuntos públicos** (grifo nosso).

Quanto ao exercício da democracia, pauta-se a questão da democracia Delegativa, fundamento importante para a funcionalização do regime democrático, como cita Guillermo O'Donnell (1991, p. 32):

A idéia de representação envolve um elemento de delegação: por meio de algum procedimento, uma dada coletividade autoriza alguém a falar por ela, e eventualmente se compromete a acatar o que o representante decidir invocando sua condição de representante. Consequentemente, representação e delegação não são pólos opostos. É por isso que é difícil distinguir radicalmente tipos de democracia que estão organizados em torno do que eu chamaria "delegação representativa" daqueles em que o elemento delegativo é fortemente predominante".

Além disso, coloca Guillermo O'Donnell (1991, p. 32) que a democracia pode ser analisada e pautada em duas transições, sendo a primeira a própria transição do regime autoritário para uma democracia, e a segunda, uma institucionalização consolidada de um Regime Democrático, senão veja-se:

a) A instalação de um governo democraticamente eleito abre caminho para uma "segunda transição", provavelmente mais demorada e até mesmo mais complexa que a transição do regime autoritário. b) Espere-se que essa segunda transição seja de um governo democraticamente eleito para um regime democrático ou, o que é equivalente, para uma democracia institucionalizada consolidada.

Por fim, pode-se concluir que a democracia também é a representação simbólica de revolução, marcada por se consolidar após regimes autoritários definharem, tendo bom agouro pelas sociedades, por ser um governo pautado na decisão da "maioria", passando confiança aos cidadãos, que estavam acostumados com algum governo nefasto.

1.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Igualmente, é necessário entender o que é um Estado de Direito, sendo que em seu sentido etimológico, explica Mallmann (2009) que a palavra "estado" deriva do latim "*status*", significando estado, posição e ordem, bem como que o Estado, tem como elementos constitutivos o povo, território, soberania, sendo um organismo com funções próprias, que representa uma sociedade política organizada.

Quanto à concepção de Estado na antiguidade, Paulo Bonavides (2000, p. 73) bem descreve o que se entendia como Estado na civilização grega e no império romano, cujo norte é justamente o aspecto de uma comunidade organizada, senão veja-se:

A polis dos gregos ou a civitas e a respublica dos romanos eram vozes que traduziam a idéia de Estado, **principalmente pelo aspecto de personificação do vínculo comunitário, de aderência imediata à ordem**

política e de cidadania. No Império Romano, durante o apogeu da expansão, e mais tarde entre os germânicos invasores, os vocábulos Imperium e Regnum, **então de uso corrente, passaram a exprimir a idéia de Estado, nomeadamente como organização de domínio e poder** (Grifo Nosso)

Nas palavras de Norberto Bobbio (1998, p. 21), os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de Direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos de poder, ou seja, são garantias de liberdade.

Também afirma em sua obra Liberalismo e democracia que o Estado de Direito pode ser concebido pelo liberalismo como um Estado mínimo, ou nem mínimo, como o Estado Social Contemporâneo, mas sob a premissa que o Estado, em sua condição limitada, se contrapõe ao Estado máximo, conforme abaixo:

[...] deve-se, então, dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado Absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente. (BOBBIO, 1998, p. 18),

No tocante ao Estado de Direito no Brasil, ao fim da Ditadura de Getúlio Vargas, pode-se dizer que o Brasil teve em um pequeno período, uma transição para um Estado de Direito, com lampejos democráticos, entretanto tal período é considerado valioso por nossa tradição constitucional, e não por qualquer institucionalização da democracia na prática, face ao curto período entre duas ditaduras vivenciadas, conforme esclarecem Nelson Cammata Moreira e Rodrigo Francisco de Paula (2017, p. 75):

Contextualizando esse problema para o âmbito do constitucionalismo brasileiro, a abertura democrática trazida com a Constituição de 1946, que colocou fim à ditadura de Getúlio Vargas amparada na Carta de 1937, foi interrompida com o golpe de 1964 e o estabelecimento da ditadura militar, o que merece ser levado em consideração na trajetória de afirmação de nossa tradição constitucional.

Logo, diante do pequeno lapso temporal entre duas Ditaduras, não houve qualquer desenvolvimento do que poderia ser um Estado Democrático de Direito, exceto pela Constituição Federal de 1946, a qual infelizmente não surtiu muitos efeitos, tendo seu fim com a instauração do Regime Militar, marcada pela Constituição de 1967, bem como pelos decretos posteriores, ao exemplo do AI-5.

Neste sentido, narram Nelson Cammata Moreira e Rodrigo Francisco de Paula (2017, pp. 75 - 76)

É por isso que somente a partir da pródiga declaração de direitos trazida pela Constituição de 1988 que passaram a vicejar no Brasil os debates sobre a efetivação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, sobretudo dos assim chamados direitos sociais, econômicos e culturais.

Por este motivo, no cenário brasileiro, considera-se que o grande marco para a Constituição do Estado Democrático de Direito foi a criação, aprovação, e promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme explicam Fábio Marques Gonçalves e Danilo Pereira Lima (2019, p. 117):

Esse período, iniciado com a Constituição de 1988 – a —Constituição Cidadã –, é alvissareiro, já que, pela primeira vez se viu a possibilidade de consolidação democrática. A instauração de um —Estado Democrático de Direito por uma Constituição que teve sua elaboração em período de amplo debate com a sociedade e diversos movimentos sociais, tem, ainda que formalmente, uma grande mensagem a passar: diante da memória e da história serão corrigidos e superados os problemas do passado, de modo que não se erre como nos tempos anteriores.

Interessante a menção quanto à demarcação do período considerado como pós-autoritário, afinal, antes da Ditadura Militar, nem sempre a sociedade brasileira viveu bons momentos, o que exige, conforme explicam Fábio Marques Gonçalves e Danilo Pereira Lima (2019, p. 117), esta demarcação:

Para tanto, faz-se um recorte a partir do período em que a República brasileira constituiu-se em Estado Democrático de Direito, ou seja, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É importante essa diferenciação diante do passado de autoritarismo vivido pelo país, não apenas com a ditadura militar que se implantou de 1964 até as vésperas da nova Constituição, mas de todo o passado histórico, que não se pode dizer democrático, posto que houve uma sucessão de golpes de Estado, de violência e de períodos de suspensão da legalidade.

A Constituição Federal de 1988 no Brasil é muito importante e tão mencionada para a instituição da democracia e do Estado Democrático de Direito por sua característica normativa, já que foi confeccionada à luz de uma contextualização que leva em conta diversos princípios relacionados à direitos humanos, direitos fundamentais, bem como fatores sociais, econômicos e políticos, com bem cita Lucas do Monte Silva (2016, p. 233):

Por derradeiro, Hesse assevera que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, ou seja, ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia das normas constitucionais somente pode ser concretizada e efetivada considerando os elementos da realidade. A Constituição jurídica, contudo, pode modificar a realidade, considerado tanto os fatores sociais quanto econômicos e políticos, em razão

da sua força normativa. Salienta-se que essa força possui limites e nenhum poder do mundo pode modificá-los.

Neste cerne que a Constituição Federal de 1988, instituiu o modelo de separação de poderes no Brasil (Art. 2º), a fim de, com base em todos os princípios citados, torne rígida a estrutura política de forma a defender os cidadãos de qualquer regime destrutivo, podendo do povo ser emanada a força e o poder de decisão.

1.3 DA TEORIA DOS TRÊS PODERES E DA IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO COMBATE À REGIMES TOTALITARISTAS

Sabe-se que Montesquieu é um grande nome quando o tema é o modelo da separação dos três poderes, mas conforme Paulo Bonavides afirma em sua obra, *Ciência e Política*, a idade média foi um período de suma importância para o desenvolvimento deste modelo, conforme o autor:

O princípio da separação de poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, conheceu todavia precursores, já na antigüidade, já na Idade Média e tempos modernos (BONAVIDES, 2000, p.173)

No entanto, coadunando com tal teoria, mas não levando-se em conta todo seu sentido literal, adota-se um sistema de freios e contrapesos, permitindo que os poderes, de forma independente, exerçam poderes distintos, conforme narra Renan Do Rêgo Silva Pacheco (2017, p. 14):

A sua teoria dos freios e contrapesos postula que para evitar a existência de um governo absoluto, com poder ilimitado, é necessário que ocorra uma divisão das funções exercidas pelo governo entre três poderes distintos, autônomos e independentes entre si, mas todos limitados quando observados isoladamente, pois sem a atuação dos outros poderes não é possível a qualquer destes realizar de forma adequada as funções de governo a ele atribuídas. Nota-se, pois, que cada um desses poderes seria limitado pela existência dos outros dois.

Veja-se que a teoria de Montesquieu, que muito elucidava quanto à logística de um Estado que visa ser efetivo por meio do poder, também regozija um tom de proteção aos submetidos à este Estado, no sentido de expressar uma limitação

necessária dos poderes estatais, bem como seu controle mútuo, conforme entende Renan do Rêgo Silva Pacheco (2017, p. 16):

Como alhures referenciado, a tripartição de poderes prevista por Montesquieu teve como objetivo a limitação dos poderes estatais, com o objetivo primordial de resguardar o cidadão de atos autoritários do governante, que não seriam possíveis caso a competência das funções governamentais estivessem distribuídas entre órgãos autônomos e independentes entre si, e que se controlassem mutuamente, consoante a teoria dos freios e contrapesos já explicitada.

Em contrapartida, John Locke afirmava que em que pese exista a separação dos poderes, isso não exclui a supremacia implícita do Poder Legislativo sobre os demais poderes, já que baseado no consentimento público, o que lhe reserva legitimidade, conforme narra Armando Albuquerque (2013, p. 8):

Essa supremacia do poder legislativo advém da primazia deste em relação aos outros poderes na organização da sociedade civil. A esse respeito afirma Locke (1993, 502): “A primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades, consiste em estabelecer o poder legislativo”. Assim, somente este poder tem autoridade para elaborar leis que devam ser cumpridas. Ninguém investido de quaisquer outros poderes, que não seja o consentimento público de legislar, poderá fazer leis que tenham a obrigatoriedade de serem cumpridas. Somente o legislativo pode, consubstanciado no consentimento e reconhecimento públicos, estabelecer leis com legitimidade.

No mesmo sentido, observa-se como John Locke explica a importância de que a criação das leis e sua aplicação sejam delegadas a dois poderes distintos, o Legislativo e o Executivo, a fim de melhor articular o seu funcionamento assegurada a maior importância do Legislativo, senão veja-se o que narra Armando Albuquerque (2013, p. 15):

Portanto, quando Locke separa tais poderes o faz por considerar que elaborar leis e aplicá-las são funções distintas e que, por isso mesmo, devem ser realizadas por poderes também distintos. No entanto, esta separação não consiste, para ele, numa ação descoordenada dos poderes, ao contrário, caracteriza-se numa atividade perfeitamente articulada tendo em vista que entre os dois poderes deve haver uma relação de subordinação do poder executivo ao poder legislativo. Assim, observa-se que na filosofia política lockeana a teoria da separação de poderes se preocupa, em primeiro lugar, em estabelecer funções distintas para poderes e pessoas igualmente distintos; e em segundo lugar, em assegurar a supremacia do legislativo sobre o executivo.

Entretanto, foi Montesquieu (2005, p.168) em sua obra *Espírito das Leis* que defendeu o Poder Judiciário como terceiro poder, este distinto do Executivo e se desanexando do Legislativo, conforme trecho abaixo:

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. **Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes:** o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares (Grifo nosso).

Ainda, Montesquieu (2005, p.168) bem expressa o que se deve entender sobre as características de um Poder Judiciário, quanto a não eletividade, à busca de um julgamento imparcial, conforme vemos a seguir:

O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, toma-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados.

No processo civilizatório, ainda nas palavras de Montesquieu (p. 171), cita-se: “A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os temas. O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia”.

Diante disso, a instauração da democracia no pós-autoritarismo já possui características representativas, à esquemática da relação de três poderes distintos, em face da Constituição Federal de 1988, a qual muito se blindou de características de Governos totalitaristas.

Guillermo O'Donnell (1991) destaca a importância de um Regime Democrático quanto à proteção da regressão de formas totalitárias de poder, ou seja, a instauração de um regime pautado em uma Constituição normativa muito impede a destruição da democracia em detrimento do retorno de outras modalidades de poder, mas em

compensação, por ser um regime de alta complexidade, também torna-se difícil avançar em seu bom funcionamento, pois:

as democracias delegativas não são democracias consolidadas ou institucionalizadas, mas podem ser duradouras. Na maioria dos casos não se vislumbram ameaças iminentes de uma regressão autoritária aberta, mas tampouco se vislumbram avanços em direção a uma representatividade institucionalizada (O'DONNELL, 1991, p. 26).

Ainda, é valioso destacar a condição que a estrutura política brasileira consolidada nessa modalidade de separação de poderes oferece aos representantes dos cidadãos, o que bem demonstra como qualquer regime pode ser falho, se ausente a proatividade e o senso associativo que a sociedade como um todo precisa adquirir ou aplicar, sob pena de suas escolhas representativas se tornarem cada vez mais incoerentes com o tempo que decorrer os mandatos dos congressistas escolhidos para composição do Legislativo, bem como quanto à escolha do chefe do Poder Executivo, em face da possibilidade real da influência do interesse privado. Neste sentido, relevante o ensinamento do professor Miguel Reale Júnior (2002, p. 270), à saber:

A bem ver a estrutura política brasileira, composta por partidos, Congresso e Executivo e também Judiciário, **impede a participação no processo decisório, pois só os grupos econômicos e as corporações mais fortes têm representação e força de barganha para impor o atendimento às suas reivindicações.** E o público vem a se confundir com o interesse privado setorial, presente no Legislativo, e a ser satisfeito para se garantir a governabilidade de um presidencialismo congressual, marcado ainda pela instabilidade (Grifo nosso).

Igualmente, observa-se as consequências citadas por Miguel Reale Júnior, quanto à possibilidade da exclusão social da maioria por vontades alheias ao interesse social, e sim do interesse privado, detentor de poder financeiro e de influência:

A maioria da sociedade, bombardeada em época eleitoral por overdose de promessas de campanha, resta, todavia, alheia à fixação das prioridades da ação governamental, tendose como principal consequência o aprofundamento da exclusão social, o não exercício da cidadania como efetiva participação política de camadas expressivas da população, a ignorância, por parte dos marginalizados das grandes cidades, acerca dos próprios direitos, e até mesmo a impossibilidade de cientificar-se destes direitos. Menor ainda o poder de pretender exigí-los. (2002, p. 270)

Assim, em um período democrático, a separação dos poderes é essencial, porque mitiga e melhor controla os atos da administração pública e do Estado, clamando à sociedade sua ativa participação, seja na escolha dos representantes, seja no controle dos atos dos mesmos, afinal, uma sociedade não se constrói sozinha, nem mesmo um bom governo que represente seu povo, senão por luta e senso crítico dos cidadãos.

1.4 DO PERÍODO DA REDEMOCRATIZAÇÃO NO BRASIL

A partir desta contextualização histórica, observa-se que o Brasil segue um caminho prudente, mesmo herdando um regime militar de mais de duas décadas, pautado na proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais, o que diz muito acerca da forma de poder e a sua organização como meio para tal proteção.

Nada obstante, é justificável o que cita Alexandre Garcia Araújo e José Alves Dias (2018, p. 121), quanto ao período de transição da Ditadura à democracia, *in verbis*:

[...] a conciliação política para o retorno à democracia derivou da impossibilidade de conter os ânimos dos trabalhadores urbanos e rurais demasiadamente sacrificados e exigindo soluções emergenciais. No traço histórico que se desenhou naquelas circunstâncias excluía-se a responsabilização dos crimes cometidos na ditadura e, mais que isso, procrastinava-se o debate acerca da violação dos direitos humanos e da justiça de transição.

Mesmo que as memórias da Ditadura averbam um tom de impunidade quanto à maneira em que houve a transição da Ditadura Militar para o período de Redemocratização. Alexandre Garcia Araújo e José Alves Dias (2018, p.124) explicam que: “as transformações ocorridas na caracterização da sociedade e na composição diretiva do país resvalaram para uma visão conformista do passado e uma ação conciliadora no presente”.

Ou seja, em que pese toda a violência relatada no período do regime militar, viu-se como a única saída uma ação de conciliação no presente com o sacrifício de “vista grossa” quanto o ocorrido no regime da Ditadura Militar.

Entendido o cenário deste período de transição, é imprescindível relatar como o Brasil se encaminhou para adoção do Regime Democrático, sendo que citam Alexandre Garcia Araújo e José Alves Dias (2018, pp.124 - 125) dois acontecimentos

basilares, para que tal constituição do Regime Democrático ocorresse, conforme abaixo:

Com o enfraquecimento da ditadura e o início da abertura no país, impôs-se entre as forças políticas e segmentos sociais o debate e a disputa sobre qual modelo de república viria a ser constituída no Brasil. Uma democracia simplesmente representativa ou realmente participativa? **Uma República que buscaria encarar os problemas vivenciados nos anos de chumbo e superá-los coletivamente ou que pregaria uma falsa conciliação imposta? Estes embates se deram na discussão sobre a Anistia, na disputa entre as eleições diretas vs indiretas de 1985 e no bojo da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Tais processos conformaram as bases fundantes da chamada Justiça de Transição no Brasil** (Grifo nosso).

Imperioso destacar como uma questão a ser considerada na progressão ao Regime Democrático a quebra da popularidade de entidades relevantes durante a Ditadura, muito em detrimento da extinção de canais institucionais criados naquele regime, conforme leciona o professor Miguel Reale Júnior (2002, p. 268):

As entidades paradigmas da sociedade civil tiveram destaque apenas durante a ditadura, na falta dos tradicionais canais institucionais, como os partidos políticos. **Restabelecida a democracia, estas entidades perderam perante a população a força de representá-la, pois o papel de contestação do regime militar terminara com o mito da escolha eleitoral dos governantes** (Grifo nosso).

O período da Redemocratização marca o retorno do Regime Democrático, regime este que se demonstra participativo, e traz de forma explícita, a exigência do cidadão ser sujeito ativo na relação de governo, ou seja, dentro de suas delimitações, atuar no sentido de selecionar por meio do voto, bons representantes, conforme ensina o professor Miguel Reale Júnior (2002, p. 261):

O tema "democracia e cidadania no Brasil" faz aflorar as contradições mais contundentes que caracterizam a história de nosso país. Desde a independência de Portugal, em 1822, **vigora uma endêmica instabilidade política e baixo índice de real exercício da cidadania por parte da maioria da população, ao lado de um discurso liberal que se contenta, todavia, mais com a coerência das idéias do que com a sua efetividade** (Grifo nosso)

Não é sem motivo que a Constituição Federal de 1988, em sua redação, manteve diversas características do voto, inclusive tornando-as uma cláusula pétrea, pelo princípio implícito de que uma democracia exige a participação de toda

sociedade, conforme Art. 60, § 4º, inciso II: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: II - **o voto direto, secreto, universal e periódico**; (BRASIL, 1988, Grifo nosso).

Vale a alusão que atualmente no Brasil, o voto é obrigatório, entretanto, não é uma característica inserida em cláusula pétrea, posto que o voto facultativo é uma pauta em discussão até os dias de hoje, muito se valendo os defensores do voto facultativo de que o voto é um Direito, e não um dever, conforme narra Mallmann (2009, p. 74):

Os principais argumentos sustentados pelos que defendem a aprovação da Emenda Constitucional para a implantação do voto facultativo no Brasil são: o voto é um direito e não um dever; o voto facultativo é adotado pela maioria dos países desenvolvidos de tradição democrática; participação de eleitores conscientes e motivados [...].

Além disso, a Constituição Federal brasileira, ora herdeira de princípios oriundos de documentos como a Carta Magna, foi criada à mesma linha, pelo que o voto facultativo sempre esteve presente em algumas circunstâncias, senão veja-se:

O art. 14 da Carta Magna assevera que a soberania popular será exercida pelos sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, ressalvando, porém, em seu parágrafo primeiro, que o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os menores de dezoito anos (MALLMANN, 2009, p. 74).

A partir dessas linhas, entende-se que o voto sempre foi pauta valiosa em nossa sociedade, dada as características do nosso ordenamento jurídico, sendo que talvez a ausência de uma estrutura política somada a falta de proatividade da sociedade brasileira tenha refletido no que se vê como uma procrastinação em relação à atitudes coletivas, estas que poderiam trazer mais proteção contra regimes identificados como totalitaristas, o que entende o professor Miguel Reale Júnior (2002, p. 268), como uma falta de senso associativo, conforme trecho abaixo:

A falta de senso associativo da individualista sociedade brasileira, desde os primórdios mercantilista e extrativista, não é de modo algum compensada pela representação política e partidária em regime presidencialista caracterizado por baixa participação da população na discussão e formulação das políticas públicas e com o sistema eleitoral proporcional.

Em contra partida, Fábio Marques Gonçalves e Danilo Pereira Lima (2019, p. 125), colocam a Redemocratização como um período que exige tempo e evolução, ou seja, a instauração de um regime pautado nos princípios democráticos por si só não apaga o passado e reconstrói o futuro, sendo um processo lento, principalmente para a abertura das instituições políticas brasileiras, conforme abaixo:

 Ou seja, a redemocratização não foi capaz de abrir por completo as instituições políticas brasileiras, pois manteve um grau significativo de blindagem do sistema político em relação à sociedade, dificultando a realização da ideia de governo responsável

 Desse modo, é possível afirmar que a democracia brasileira continua pouco democrática no funcionamento de seu sistema representativo.

Desta feita, resta cristalino que a constituição de um Estado Democrático de Direito no Brasil, bem como a instauração do processo de Redemocratização, foram consequências da criação da Constituição Federal de 1988, pelo que, por meio do próximo capítulo, é considerável a abordagem quanto a consolidação desta, aprofundando-se na organização e funcionamento dos três poderes no Brasil, analisando também se a sociedade brasileira possui de fato uma Constituição protetora de um regime Democrático, e se sim, localizando quais foram os remédios constitucionais utilizados para a proteção dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ORGANIZAÇÃO DOS TRÊS PODERES NO BRASIL

Contextualizado todo o período histórico democrático brasileiro, neste capítulo promove-se um aprofundamento no que diz respeito a vigente Constituição Federal brasileira, desde seus princípios, como o de Poder, Legitimidade, e Legalidade, como sua estrutura, com seus reflexos iniciais, expondo como organiza o funcionamento dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), seus entes federativos, seus órgãos, agências reguladoras, entre outros.

Com a promulgação de uma nova Constituição, o Brasil vivia uma adaptação com sua Redemocratização. Desta maneira, veja-se que uma reforma constitucional na prática não ocorre de um dia para o outro, sendo que nos primeiros anos, após sua promulgação, ainda havia muita centralização de Poder nas mãos do Chefe do Poder Executivo, que segundo, Sérgio Guerra (2017, p. 144), só foi mitigado no Brasil com a implantação, parcial, do modelo de agências reguladoras, modelo que surgiu na década de 90 do século passado, sendo implantado em um momento de reestruturação do papel do Estado em relação à sua atuação na economia.

O aparato estatal, em face das mudanças significativas trazidas pela promulgação de uma nova Constituição, certamente viria a passar por reestruturações que melhor se moldassem aos princípios constitucionais, à exemplo da busca incessante pela igualdade social.

Nesse sentido, Ádima Domingues da Rosa (2008, p. 11) afirma:

Os anos 90 foram marcados por significativas mudanças nos rumos políticos e econômicos do Brasil, principalmente na reestruturação do aparato estatal. A inserção do País no processo de “globalização” recolocou importantes questões e desafios aos governantes, **assim como trouxe novas expectativas para o conjunto da população que, influenciada por discursos pré-moldados, acreditou ser possível, em um curto período, a amenização das desigualdades sócio-econômicas, por meio de um conjunto de reformas em âmbito estatal rumo a uma maior participação do mercado na disponibilização de serviços.** Travestidas num projeto de modernização e desenvolvimento do País, as mudanças políticas, econômicas e sociais implementadas durante os dois governos de Fernando Henrique Cardoso (1995 – 1998 e 1999 - 2002) objetivaram aprofundar a inserção do Brasil no mercado internacional por meio de um conjunto de políticas no campo cambial, da abertura comercial e financeira etc. Tais medidas, por sua vez, submeteram a economia nacional, de forma repentina, à competição internacional, o que implicou uma série de mutações no quadro sócio-econômico.

Daí o surgimento das autarquias, valioso exemplo de como o Estado foi se moldando as necessidades de melhor controle da Administração Pública, ao passo que se esforçava a uma maior exposição ao cenário globalizado, conforme citava Ádima Domingues da Rosa (2008, p. 12-13):

Denominadas autarquias “especiais”, as agências reguladoras se integram ao Poder Executivo como entes descentralizados. Elas são dotadas de personalidade jurídica própria, têm natureza de autarquia e, em síntese, executam atividades típicas ou exclusivas da Administração Pública. Contudo, possuem autonomia da gestão administrativa e financeira. Apesar da identificação jurídica com as demais autarquias, criadas em outros períodos históricos e a tentativa de aproximação destas instituições, **as agências são resultantes da reorientação da administração pública, que passa a ser norteadas pelos princípios gerenciais.**

Na mesma regra, dá-se como exemplo o reflexo da Constituição Federal sob o aspecto da seguridade-social e da busca de um padrão constitucional de cidadania. A Constituição de 1988 avançou ao garantir um conjunto de Direitos sociais, expressos no Capítulo da Ordem Social, a exemplo de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (Título VIII, Capítulo II, Seção I, art. 194).

Não à toa que em 1991 foi promulgada a Lei 8.213 que institui os princípios básicos da previdência social, garantindo a execução de garantias e Direitos Fundamentais previstos no texto constitucional, à exemplo da universalidade da proteção social, previsto no artigo 194, parágrafo único, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Por fim, outro exemplo é o relevante princípio constitucional da gestão democrática do ensino, este introduzido de maneira inédita no texto constitucional brasileiro, no artigo 206, mais especificamente no inciso VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei, conforme narram Adrião e Oliveira (2007, p. 3):

Uma das causas dessa inovação parece relacionar-se à existência, à época da elaboração da atual Constituição Federal, de importantes movimentos nacionais voltados para a redemocratização do país. Mas qual a importância de um princípio constitucional? O termo princípio é empregado para designar, na norma jurídica escrita, os postulados básicos e fundamentais presentes em todo Estado de direito, ou seja, são afirmações gerais no campo da legislação a partir das quais devem decorrer as demais orientações legais. Geralmente, são os princípios que norteiam o detalhamento dos textos constitucionais.

Um dos frutos deste princípio, como explica a referida autora, é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394), editada em 20 de dezembro de 1996, sendo mais uma das consequências dos valores constitucionais trazidos pela inovadora Constituição Federal de 1988.

2.1 DO CONCEITO DE PODER, LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

Absorvido alguns elementos pontuais do conjunto fático quanto aos reflexos da vigente Constituição, segue-se ao aprofundamento de princípios e conceitos atrelados ao texto constitucional, e em seguida a fundamentação dos Entes Federativos e a classificação dos três Poderes do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para tanto, necessário reforçar o conceito de Poder, aquele que Norberto Bobbio (1998, p. 943) descreve como a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos por determinado agente.

Equitativamente, Max Weber, intelectual, jurista e economista alemão, explica o conceito de Poder aliado ao conceito de uma estrutura política que exige vigor e força, senão veja-se:

Todas as estruturas políticas usam a força, mas diferem no modo e na extensão com que a empregam ou ameaçam empregar contra outras organizações políticas. Essas diferenças têm um papel específico na determinação da forma e destino das comunidades políticas (WEBER, 1946, p, 187).

Nesse sentido, aliando-se ao conceito de Estado já estudado no capítulo anterior ao conceito de Poder, tem-se que o Estado Brasileiro é legítimo e soberano, dentre seu limite territorial, sendo que a Constituição Federal de 1988, menciona a República Federativa do Brasil, de modo a constituir-la em um Estado Democrático de Direito, conforme disposto no artigo 1º.

Toda a estrutura política de um Estado Democrático é legitimada por meio de uma lei, essa intitulada de lei máxima, a qual necessariamente exige defesa, pelo que é incumbido ao Supremo Tribunal Federal, de forma precípua, a sua guarda, conforme artigo 102 da Constituição.

A Constituição Federal, por sua vez, conforme explica Joana de Souza Machado (2008), às palavras de Paolo Comanducci e Carl Schmidt, tem diversos métodos interpretativos, não só se tratando de uma norma comum como as normas

infraconstitucionais, qual vale destacar o modelo de interpretação axiológica de Constituição como ordem, de forma a identificar um conjunto de fenômenos sociais que, no seio da esfera político-jurídica, é dotado de amplo valor intrínseco ou revela-se gerador de normas.

Também válido o aporte dos conceitos de Fernando Lassale quanto os fatores reais de poder, cuja conjuntura do efetivo e real poder, torna a Constituição Federal um mero pedaço de papel, diante da complexidade de uma sociedade por ela regida, de forma a ser necessária a sábia interpretação axiológica das normas (MACHADO, 2008).

Portanto, pode-se extrair de forma crucial e imperativa que a Constituição Federal de 1988 possui a sábia missão de proteção de seus cidadãos, refletindo na elaboração das normas infraconstitucionais que foram recepcionadas, ou elaboradas após sua vigência.

Nestes termos, explica Elisabete Xavier de Albuquerque Mosca (2012, s. p.):

Mediante um movimento nacionalmente abrangente, em que se observou a intensa e diversificada participação social, **dispositivos legais, inovadores até então, foram propostos e inseridos no texto constitucional, incorporando as conquistas democráticas obtidas e apontando novos desdobramentos em termos da elaboração de leis e de políticas públicas específicas com vistas a traduzir, para essa legislação nacional, os anseios de todo o povo brasileiro.**

Nesse sentido, é interessante observar que a consolidação da Assembleia Constituinte responsável pela elaboração da Constituição Federal de 1988 deu-se de forma abrangente – com a participação maciça das mais variadas classes sociais e setores produtivos –, **retomando um modelo político-jurídico focado na democracia e nos pressupostos de liberdade e igualdade que também fundamentam o Estado Democrático de Direito e os anseios, do povo brasileiro.**

Essa é a importância que a chamada Constituição Cidadã teve e tem para a retomada das ações e políticas públicas voltadas à construção do chamado **Estado Social – na medida em que promoveu a ampliação das liberdades civis e dos direitos e garantias fundamentais do cidadão** (Grifo nosso).

Nesta linha, a relevante normatização das leis mediante o texto constitucional traz em evidência o princípio da legalidade como um dos precursores de um governo com o modelo de separação de poderes. Das palavras sábias de Paulo Bonavides (2000, p. 142) quanto ao princípio da legalidade, este serve para a consolidação de um governo de leis e não de homens, princípio este que nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras

da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes.

Igualmente, Norberto Bobbio em sua obra *Dicionário de Política* (1998, p. 674 e 675), explica que o princípio da legalidade é um atributo de Poder, dentre à conformidade das leis, não esquecendo da legitimidade como outro princípio já atrelado ao título jurídico de quem pode exercer o Poder, neste caso, o Estado

Neste sentido explica:

Muito embora o princípio de Legalidade seja considerado como um dos pilares do moderno Estado constitucional, o chamado Estado de direito, trata-se de algo antigo tanto quanto à especulação sobre os princípios da política e sobre as diferentes formas de Governo. **Liga-se ao ideal grego da isonomia, isto é, da igualdade de todos perante as leis, considerada como a essência do bom Governo, cujo elogio é proclamado por Eurípides nas Suplicantes:** "Nada é mais inimigo da cidade do que um tirano, quando, em lugar de existirem leis gerais, um só homem tem o poder, sendo ele mesmo e para si próprio o autor das leis e não existindo, assim, nenhuma igualdade" (vv. 403-05)

[...]

podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. **A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.**

Por fim, entende-se que o Estado Brasileiro é legítimo nos termos da Constituição, e mediante as leis (princípio da legalidade), exerce o Poder a ele atribuído. Ainda, depreende-se do próprio texto constitucional a inteligente estrutura das normas, ao passo que primeiro se estabelece em seus artigos gerais, diversos princípios e direitos que deverão ser resguardados aos cidadãos, para depois, estruturar toda a organização do Estado, a partir do artigo 18.

Válido ressaltar que muito da estrutura da Constituição leva em conta a primazia dos princípios que a compõem, portanto, logicamente a forma como os três poderes são apresentados e suas competências distribuídas são intensamente relacionadas ao artigo 2º da Constituição Federal, com finalidade de pura harmonia entre os poderes.

2.2 DOS ENTES FEDERATIVOS

Em relação aos Entes Federativos, antes de se abordar as categorias dos três poderes, é necessário conceituar o que são, oriundos da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, a qual compreende União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos do artigo 18 da Constituição.

Não há quem, senão os entes federativos, para exercer os três poderes, afinal, estes representam a República Federativa Brasileira. Nesse sentido colocam Bittencourt e Reck (2018, p. 126), quanto ao citado princípio da legalidade na Administração Pública orquestrada por entes federativos:

Administração Pública no Brasil é regida pelo princípio da legalidade. Logo, as ações da Administração Pública devem estar baseadas em imperativos legais. **Assim, quando a Constituição diz que cabe ao Município proteger o meio ambiente histórico e cultural, ele terá adotar os meios usuais do Direito Administrativo.** Isso implica a utilização do poder de polícia e a utilização de institutos como o tombamento, além de realizar inventários. Todas essas ações descritas pressupõem lei.

[...]

A maior parte das atividades da Administração Pública vai requerer lei para existir. Do mesmo modo, a competência legislativa pressupõe uma observação mais complexa. Quando é atribuída à União ou aos Estados e Municípios a competência para legislar, não fica claro qual ente será o materializador daquela lei. Na maior parte das vezes, o problema é resolvido via tradição, isto é, a solução que sempre foi adotada ainda continua.

Quanto o segundo parágrafo citado, este totalmente grifado, denota-se essencialmente o que é a organização dos entes nas esferas municipais, estaduais e federais, principalmente quanto ao Poder Legislativo e quanto ao dever de legislar, cuja as competências das câmaras legislativas, tanto em âmbito Federal como em âmbito estadual e municipal estão lastreadas por diversos artigos da Constituição Federal.

De toda forma, cada ente federativo possui sua característica quanto à separação de poderes, nunca havendo o exercício de um único poder em uma esfera federativa. Nestes termos disserta Luiz Fernando Sant'ana Moreira (2018, p. 23):

Em todos os entes federativos há a separação dos poderes, com certas particularidades. **A princípio, há que se ressaltar a inexistência de Poder Judiciário em nível municipal.** Nos municípios existem apenas o Poder Legislativo e o Poder Executivo. **Todos os demais entes federativos**

**possuem os três poderes clássicos evidenciados por Montesquieu.
Grifo Nosso**

Veja-se que a forma de organização do exercício de poder pelos entes federativos muito se dá pela zona territorial em que está situado, de forma que decisões de âmbito nacional por exemplo, tenham formas e procedimentos distintos de questões de âmbito municipal.

Um clássico exemplo de diferenças é a da unicameralidade do Poder Legislativo em esfera municipal e estadual, e da bicameralidade em âmbito federal/nacional, nos termos dos artigos 46 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

Essas diferenças para a funcionalidade dos entes federativos são notáveis porque muito das funções do Chefe do Poder Executivo em esfera Federal por exemplo, são atribuídas na própria Constituição Federal, tanto pelo grau de importância quanto pelo fato de que a esfera federal de poder necessariamente é mais relevante pela abrangência do território nacional.

Como exemplo de cooperação entre entes federativos, tem-se a municipalização da saúde, prevista no artigo 30, VII da Constituição Federal, conforme cita Renato Luís Dresch (2014, p.7-8), quanto à atribuição aos Municípios da competência para prestar, **com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (grifo nosso).**

2.3 DO PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988, é exercido de forma distinta entre os entes federativos, ou seja, em cada esfera federativa existem regras e funções distintas.

Não é à toa que os artigos 44 a 47 da Constituição Federal, são reservados à dispor de uma boa parte da organização do Poder Legislativo, estabelecendo que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (artigo 44)

Igualmente, nos artigos 45 e 46, estabelece que a constituição da Câmara dos Deputados e do Senado Federal é realizada mediante a escolha de representantes

do povo, eleitos, pelo sistema proporcional (Deputados) ou majoritário (Senados), em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

Neste sentido, cita Rafaela Berger de Souza Batshauer (2006, p. 31) que o Senado assegura a participação dos Entes Federados na criação de leis, sendo requisito para a existência de uma federação e a Câmara resguarda o princípio da participação popular na criação de normas, representando o conceito dESemocrático do Estado de Direito.

De igual forma, Marcelo Labanca Corrêa De Araújo e Glauco Salomão Leite (2015) ensinam que na Constituição Federal, foram estabelecidas competências legislativas enumeradas para a União Federal e também para os Municípios. Já em relação aos Estados-membros, foram-lhe atribuídas competências remanescentes.

No entanto, diversas matérias são atribuídas ao Poder Legislativo atrelado a esfera federal (União), conforme citam Marcelo Labanca Corrêa De Araújo e Glauco Salomão Leite:

A Constituição Federal estabeleceu um extenso rol de matérias no art. 22, com vinte e nove incisos que giram desde o Direito Civil até a matéria de propaganda comercial. Com isso, vê-se que optou, claramente, por centralizar nas mãos da União Federal boa parte da matéria a ser legislada no País. Basta, para confirmar essa percepção, uma simples leitura do mencionado art. 22 da Constituição de 1988 (ARAÚJO; LEITE, 2015, p. 295)

Com relação ao Poder Legislativo exercido pelos Estados-Membros, Rafaela Berger de Souza Batshauer (2006, p. 31) *apud* Kildare Gonçalves Carvalho discorre que:

A autonomia estadual decorre da CRFB/88, fonte da matriz do Poder Constituinte Estadual, sendo que aos Estados são reservados todos os poderes que não lhe sejam vedados pela CRFB/88, a qual estabelece uma série de princípios e vedações a serem observados pelos Estados-Membros na sua organização.

Desse modo, a Constituição Federal organiza o Poder Legislativo de forma a não deixar lacunas na formulação de leis, criando rol taxativo em muitos pontos, seja quanto à distribuição de competências ao Poder Legislativo da União, seja quanto as vedações direcionados ao Poder Legislativo dos Estados-Membros.

Sem um oportuno aprofundamento, apenas vale a menção de que o Distrito Federal possui uma forma diferente de legislar, já que como cita Sidraque David Monteiro Anacleto (2010, p. 12):

O processo legislativo do Distrito segue os regramentos básicos do federal, e compreende a elaboração de (art. 69 da Lei Orgânica do Distrito Federal): I – emendas à Lei Orgânica; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – decretos legislativos; V – resoluções. O Regimento Interno da Câmara Legislativa do Distrito Federal lista as proposições sujeitas à deliberação (art. 129): I – proposta de emenda à Lei Orgânica; II – projeto de lei complementar; III – projeto de lei; IV – projeto de decreto legislativo; V – projeto de resolução; VI – indicação²¹; VII – moção; VIII – requerimento; IX – emenda; X – recursos.

Alude-se também que o Distrito Federal não se divide em municípios, conforme vedação expressa no artigo 32 da CRFB/88, e que se reger-se-á por lei orgânica, mesmo que ainda possua as competências destinadas aos Estados e Municípios, conforme parágrafo 1^a do referido artigo.

Já com relação à estrutura do Poder Legislativo na esfera Municipal, esta é organizada nos termos do artigo 29 e 30 da Constituição Federal de 1988, que também se reger-se-á por Lei orgânica bem como Regimento Interno.

Neste óbice, coloca Jeferson Marcelo Ortiz (2015, p. 27):

Vale frisar que a Câmara Municipal possui também competência deliberativa, fiscalizadora e julgadora, neste caso, refere-se ao julgamento das contas do Chefe do Executivo e das infrações político-administrativas. Ao falar em Lei Orgânica, estará se falando na Constituição Municipal, responsável por estabelecer a linha de atuação do município, bem como a responsabilidade dos seus agentes e de seus órgãos institucionalizados.

Em vista disso, ainda que breve a demonstração da estrutura do Poder Legislativo ante a Constituição de 1988, tal organização se faz necessária para entendimento da relação entre os três poderes.

Por fim, contextualizando um pouco os bons reflexos da Constituição Federal na produção legislativa, nas palavras de Elisabete Xavier de Albuquerque Mosca (2012), esta é voltada de forma a proteger o desenvolvimento de tratamento mais apropriado para os setores antes marginalizados ou carentes, como a criação dos estatutos da Criança e do Adolescente, o do Idoso, além das leis especiais referentes aos deficientes físicos e à cota eleitoral que incentiva a inclusão de mulheres no Legislativo.

2.4 DO PODER EXECUTIVO

Do exposto, quanto ao Poder Executivo, este é tão importante na organização da República Federativa que lhe é reservado o 'cargo máximo' de uma nação, o Presidente, um líder, que mediante eleição é escolhido para chefiar o Poder Executivo, conforme artigo 76 e 77 da Constituição Federal de 1988.

Quanto o tema é poder, o Presidente da República é de suma importância na relação dos três poderes, de modo que exige destacar suas competências e suas atribuições, posto que a atuação do Poder Executivo muitas vezes pode ser o pivô no surgimento de um fenômeno do Ativismo Judicial, como causa de uma relação entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Nesse sentido, veja-se o que dispõem o artigo 84 da Constituição, quanto à competência privativa do Chefe do Poder Executivo:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;
II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;
III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;
VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;
VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (BRASIL, 1988, s. p.)
[...]

Em continuação, válida a afirmativa:

O texto constitucional foi escrito sob um amplo consenso de que o sucesso da democracia dependia da capacidade governo dar respostas efetivas e rápidas às crescentes demandas postas aos governos por sociedades modernas e complexas. A modernização institucional foi o leitmotiv sobre a qual se deu a definição das relações entre o Executivo e o Legislativo. O processo decisório precisava ser dotado de eficiência (LIMONGI, 2008, s. p.)

Nesse sentido, já nos primeiros incisos denota-se diversas situações onde o Poder Executivo tem relação com o Poder Legislativo, podendo iniciar o processo Legislativo, sancionar promulgar ou vetar leis, e até mesmo legislar, mediante decreto.

Ou seja, ao passo que o Poder Executivo não pode ser dotado de supremacia, este também não pode ficar à mercê dos demais poderes, nem mesmo manter-se inerte, pelo que a Constituição Federal de 1988 foi moldada de forma a conceder para o Poder Executivo, certas prerrogativas importantes para garantia da execução de estado.

Um exemplo, conforme cita Fernando Limongi (2008), são certas prerrogativas legislativas concedidas ao Poder Executivo, a título de “reformas constitucionais” do período militar. Destacam-se entre estas o Poder de Decreto e o controle sobre a elaboração e a execução do orçamento.

No mesmo sentido, consideram Pereira e Muller (2000, p. 47), que o principal Poder proativo do Poder Executivo é a capacidade do presidente de legislar através das Medidas Provisórias, podendo criar uma nova legislação, sem depender do Congresso Nacional, mesmo que competindo ao Congresso deliberar acerca de eventual bloqueio de Medida Provisória, no prazo de 30 dias.

Outro exemplo se refere as iniciativas de edição de lei ordinária e complementar privativas do Presidente da República, conforme parágrafo 1º da Constituição, à exemplo das leis ordinárias e complementares que versem da organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios.

Notório que as temáticas aludidas podem gerar eventual inércia do Poder Executivo à regulamentação de situações que afetam cidadãos, que apelam ao Judiciário, à exemplo do Mandado de Injunção, instrumento que será melhor estudado na conclusão deste capítulo.

2.5 DO PODER JUDICIÁRIO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Já o Poder Judiciário, Poder público cujo órgãos são classificados no artigo 92º da Constituição Federal, é composto de diversos tribunais, que vão das comarcas municipais até os tribunais federais, tendo como órgão máximo, o já citado Supremo Tribunal Federal, onde lhe é reservado uma seção da Constituição, a partir do artigo 101º, órgão este responsável pela guarda da Constituição, de forma a processar e

julgar diversas ações pertinentes à matéria constitucional, ações previstas no artigo 102º.

O Poder Judiciário é de tamanha importância, possuindo competências privativas (artigo 96 da CRFB/88), distribuição do Poder entre os Entes Federativos (artigo 98 da CRFB/88), autonomia administrativa e financeira (artigo 99 da CRFB/88), entre outras particularidades importantes.

No sentido de inovação com a Constituição Federal de 1988, coloca Verônica Chaves Carneiro Donato (2006, p. 36):

A estrutura do Poder Judiciário foi alterada pela Constituição Federal, haja vista a criação de cinco Tribunais Regionais Federais, órgãos de segunda instância da justiça federal, bem como a criação do Superior Tribunal de Justiça, encarregado de várias competências originárias ou recursais antes atribuídas ao Tribunal Federal de Recursos ou ao Supremo

Já com relação ao Supremo Tribunal Federal, este composto de 11 ministros, estes nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (artigo 101 da CRFB/88), é interessante a relação entre o dever de indicação do representante do Poder Executivo aos mais importantes ministros do Supremo Tribunal Federal, estes pertencentes ao órgão mais importante do Poder Judiciário.

A própria Constituição Federal, ao passo que regulamenta o referido órgão, suas atribuições e obrigações, bem define que o Supremo Tribunal Federal realize o controle constitucional, afinal, este é responsável pela decisão de várias demandas cujo objetivo é a alteração efetiva ou axiológica da Constituição Federal.

Nesse sentido, Eduardo Junqueira (s. d., s. p.) bem ensina quanto à ampliação da Constituição Federal quanto as ferramentas de controle constitucional:

Essa ampliação contribuiu para a maior atuação política do STF, além de dar à nova Carta feição mais liberal em relação àquelas que a precederam. Abria-se a possibilidade de instâncias sociais (partidos com assento no Congresso e sindicatos com representação nacional) **questionarem os atos do Executivo, através do exame da constitucionalidade. Além disso, novos institutos passaram a fazer parte do ordenamento jurídico e das atribuições da corte: o mandado de injunção (obrigando a elaboração de normas complementares, referentes a texto constitucional, para garantia de um direito), a ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (para a preservação de direitos ameaçados) e o habeas data (garantindo publicidade ampla de arquivos e informações oficiais).**

É válida a menção quanto as situações em que os três poderes recebem atribuições compartilhadas ou semelhantes, como por exemplo o artigo o 61 da Constituição Federal, acerca da iniciativa de leis complementares e ordinárias.

Entrando na temática do controle de constitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, necessário aprofundamento por meio do próximo capítulo.

2.6 DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Incumbe ao Supremo Tribunal Federal fazer o controle de constitucionalidade, no sentido de fazer valer a Constituição Federal em seus princípios e interesses.

Acerca deste controle, veja-se no Art. 60 da Constituição federal de 1988, a possibilidade de efetivar alterações no caderno constitucionais, por meio de emendas constitucionais, entretanto, conforme o parágrafo 4º, não há possibilidade de emendas com tendência de abolir determinados princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Quanto a emendas constitucionais, denota-se:

As emendas à Constituição exprimem manifestações de vontade normativa do poder constituinte de reforma. Esse poder é criado pelo constituinte originário, que regula o seu funcionamento e os seus limites. Trata-se, assim, tipicamente, de um poder jurídico. As balizas à prática das mudanças institucionalizadas da Constituição assumem feições formais (procedimentais e circunstanciais, no caso da Constituição de 1988) ou materiais (quando o constituinte originário imuniza o direito que produziu de deturpações quanto ao seu conteúdo). **Chamam-se cláusulas pétreas precisamente essas limitações de conteúdo ao poder constituinte de reforma** (BRANCO, 2017, s. p.)

Desta feita veja-se que existem formas do Poder Legislativo, ou Executivo, de efetuar mudanças na Constituição Federal, contudo, a mesma se priva de qualquer movimento que a atenta.

Quanto ao controle jurisdicional das emendas constitucionais, a mesma é realizada de forma prévia, pelo que o Supremo Tribunal Federal admite a impetração de mandado de segurança para deliberação de emenda que atenta contra cláusula pétria, mas que também pode ser realizado controle posterior, tanto pelo sistema difuso, como pelo sistema concentrado.

Dentre as ferramentas atribuídas ao Poder Judiciário para controle constitucional, tem as da competência de julgar Ação direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 102, alínea a e § 1 da CRFB/88) .

Quanto ao controle concentrado, este proveniente de uma concessão de legitimidade ativa, podem propor, no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) os seguintes: Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador do Estado o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, vide artigo 103, I a IX.

Já com relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), onde igualmente houve o aumento da possibilidade de legitimação ativa, dos que podem propor tal Ação, narra o Juíz Oscar Valente Cardoso (2009, p. 59), que a Ação Declaratória de Constitucionalidade tem como seu objetivo principal evitar a existência de decisões divergentes em processos concretos, reforçando a função do Supremo Tribunal Federal de uniformizar questões constitucionais.

Outra originalidade foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista inicialmente no art. 102, parágrafo único (transformado em § 1º pela EC 03/1993), nos seguintes termos: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Trata-se igualmente de forma de controle concentrado, seus legitimados são os mesmos da ADIn e da ADC (art. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999), tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público, ou quando houver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal (inclusive os anteriores à Constituição) e possui caráter subsidiário (é incabível quando existir outro meio eficaz para sanar a lesividade). Por fim, em 1999, duas leis ordinárias regulamentaram o rito processual no controle concentrado de constitucionalidade: (a) a Lei nº 9.868, sobre o processo da ADIn e da ADC; (b) e a Lei nº 9.882, que regulamenta o art. 102, § 1º, da Constituição, acerca da ADPF (CARDOSO, 2009, p. 59).

Quanto a ADPF, ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que possui lei específica (Lei nº 9.882/99), são legítimos para propor tal ação, todos os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, conforme artigo 2º da referida lei, estes acima citados.

Um exemplo de acionamento do Poder Judiciário na Pandemia do Covid-19, situação atual do Brasil e do Mundo em 2020 e 2021, sendo interessante a análise de

como o Supremo Tribunal Federal administrou com o uso de seu poder discricionário diante de um cenário tão excepcional, analisando-se, portanto, a ementa e os dispositivos da decisão referendada pelo Ministro Alexandre de Moraes, quanto à medida cautelar na ADPF 672 do Distrito Federal, a saber:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

[...]

Em vista do exposto, VOTO pela CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR, e, no mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ADPF, para assegurar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário (BRASIL, 2020b, s. p.).

Veja-se que o Poder Judiciário conferiu e assegurou o exercício de competência concorrente dos entes federativos na esfera estadual e municipal, a fim de que dentre suas delimitações territoriais, tomassem as melhores decisões para o combate do Covid-19.

Entretanto, a forte representação do exemplo dessa ADPF 672 diz respeito a relação do Poder Judiciário com o Poder Executivo, sendo que entendem Georges Abboud, Maira Scavuzzi e Ricardo Yamin Fernandes (2020, p. 8-9) que a ADPF na verdade é diretamente relacionada às condutas do Presidente da República no combate à pandemia da COVID-19, pelo que fez necessário o apelo de medida constitucional, interposta no Supremo Tribunal Federal pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com objetivo de determinar que o Presidente da República respeitasse determinadas questões, à exemplo de cumprimento dos protocolos da OMS e do respeito da postura dos Governadores e Prefeitos na atuação do combate a pandemia.

Neste caso, conforme os referidos autores, veja-se que o Supremo Tribunal Federal foi assertivo, fazendo valer o equilíbrio entre os Poderes:

Reparemos que, ao decidir, o Supremo nada mais fez do que preservar a competência dos Estados, constitucionalmente assegurada. Novamente, não há esvaziamento dos poderes do Presidente da República, e não há criação de políticas públicas por parte do Supremo Tribunal Federal. Temos, em realidade, o maior Tribunal do país, conferindo força normativa à Constituição Federal, para coibir abusos por parte do Poder Executivo que, em determinados atos e determinações, acabou por contrariá-la.

Igualmente, Leiliane Menezes Elias de Oliveira (p. 27, 2020) manifesta que acerca dessas competências, o Supremo Tribunal Federal reforça na ADPF 672 MC-Ref/DF que a Carta de 1988 consolida a competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios nos temas relacionados à saúde e a assistência pública, com fulcro no artigo 23, incisos II e IX, da CF/88.

No mesmo sentido, afirma que a competência concorrente para legislar sobre matérias que envolvam a proteção e defesa da saúde é, por sua vez, atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, XII, da CF/88), possibilitando, portanto, que os Municípios elaborem legislações próprias com o objetivo de suplementar a legislação (art. 30, II, da CF/88), desautorizando neste caso o Poder Executivo de restringir a atuação dos Estados e Municípios, fazendo valer o texto constitucional.

Veja-se outro exemplo de atuação do Poder Judiciário ante seu acionamento a realização do controle constitucional, a exemplo do julgamento da ADI 2921 do Rio de Janeiro, julgada em 2017, proposta pelo procurador geral da república, cujo relator era o Ministro Ayres Britto, senão veja-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.196, de 15 de março de 1999, do Estado do Rio de Janeiro. Alteração dos limites territoriais dos Municípios de Cantagalo e de Macuco. **Violação do art. 18, § 4º, da Constituição Federal. Precedentes.** Ausência de convalidação pela Emenda Constitucional nº 57/2008. Lei nº 2.497, de 28 de dezembro de 1995, do Estado do Rio de Janeiro. **Controle de norma de direito préconstitucional por ação direta. Impossibilidade. Não conhecimento. Ação da qual se conhece parcialmente e a qual se julga parcialmente procedente. Grifo Nosso** (BRASIL, 2017, s. p.)

Neste caso, veja-se que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Lei 3.196/99, que estabeleceu novos limites territoriais para certos municípios, sem observar o artigo 18, § 4 da Lei Maior, pelo que fez o Supremo Tribunal Federal valer

a constituição, sem permitir que a mesma seja violada por criação de norma infraconstitucional que não respeite a disposições das normas constitucionais.

Por fim, visto as principais formas como o Supremo Tribunal Federal exerce sua proteção jurisdicional, pode-se entender o que se sabe do fenômeno do Ativismo Judicial no Brasil.

3 DO ATIVISMO JUDICIAL

Quanto ao surgimento da expressão “Ativismo Judicial”, esta é oriunda da doutrina norte-americana, que classificava os juízes da suprema corte em: juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres; juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade; juízes campeões da autorrestrrição, e juízes representantes do equilíbrio de forças, celebrando autonomia a estes juízes.

Do resgate semântico do termo “Ativismo Judicial”, Joana de Souza Machado (2008, p. 16) disserta em sua tese de mestrado que se explica pelo “caráter histórico da preocupação com o adequado exercício da função jurisdicional!” Também faz alusão aos juízes norte-americanos em especial ao período de liderança do juiz Warren na Suprema Corte americana (de 1953 a 1969), época marcada por uma ampliação de direitos civis e políticos, a exemplo do emblemático caso *Brown v. Board of Education* (374 US 483), de 1954.

O fenômeno do Ativismo Judicial é histórico, pragmático e paradoxal, afinal, muito do que se entende por esse fenômeno, muito estudado diante do neocostitucionalismo brasileiro, é reflexo dos próprios magistrados e ministros do Supremo Tribunal Federal, já que proveniente do exercício dos juízes.

Quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição, e dono da palavra máxima quando o tema é interpretação das normas constitucionais, define bem o excelentíssimo Ministro Luis Roberto Barroso (2009, p. 1):

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. O ano de 2008 não foi diferente. A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

O Ativismo Judicial é um fenômeno real, se enquadrado a decisões de largo alcance político em decorrência da história, mas também, ainda que recorrente, foi e é controlável, já que nas palavras Ministro, em diversos países no mundo tal

protagonismo do Poder Judiciário ocorreu, pelo que necessário a discussão acerca de que risco tal fenômeno pode acarretar na sociedade como um todo.

Pode-se analisar que o Ativismo Judicial, no sentido histórico, teve direta ligação com a política, isso nos casos dos países ocidentais que tanto avançaram após a Segunda Guerra Mundial em sua estrutura de Poder e Justiça, e poderia até ser interpretada até como uma ação política, aproveitando-se de uma estrutura viçosa que permitia sua existência ante o seu desconhecimento.

Como exemplos do Ativismo Judicial como ação influente de política, ou podendo até denominar de judicialização da política, menciona-se alguns exemplos do Ministro Luis Roberto Barroso (2009, p. 2):

A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Prudente ressaltar um trecho da dissertação de mestrado de Eder de Meira Ferreira (2014, p. 66), de como a Constituição Federal de 1988 se aprofundou sobremaneira quanto à presença de conteúdo analítico, permeado por cláusulas abertas, de conteúdo axiológico amplo, dando ao Poder Judiciário matéria-prima para adentrar questões morais, as vezes tão próximas a política.

Estudando sobre a existência do Ativismo Judicial, interessante refletir que esse fenômeno é admitido até mesmo por ministros do Supremo Tribunal Federal, que muito argumentam em favor da sua excepcional utilização para situações em que uma situação política-jurídica de maior gravidade atinge o caso concreto.

O fato é que a premissa de que a inércia ou a omissão do Poder público também ofende a Constituição, é argumento passível de validade, conforme citou o Ministro Celso de Mello, em seu discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, na posse do ministro Gilmar Mendes na presidência da suprema corte, em 23/04/2008, a saber:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer

a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. **Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.** A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. **Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente,** ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

[...]

Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos, tais como o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, pois o direito ao governo honesto traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania (MELLO, 2008, s. p., grifo nosso).

É interessante perceber a existência de uma linha tênue onde reside o fenômeno do Ativismo Judicial, afinal, o Supremo Tribunal Federal precisa preservar e resguardar os princípios e direitos constitucionais. É justa que tal proteção conceda ao Poder Judiciário um instrumento de remediar omissões do Poder Público a qualquer custo?

Assim, veja-se que a omissão legislativa é uma das causas que atribui na prática um Ativismo do Poder Judiciário, já que impossível tecnicamente a existência de leis que abranjam todos os casos concretos e suas particularidades.

Nesse sentido, afirma Josiene (*apud* Mello, 2008, s. p.):

O controle das omissões legislativas tem sido uma das atribuições do Poder Judiciário que efetivamente sofreu profundas transformações de atuação nos últimos tempos. Isso porque, na medida que verificou-se a inércia contumaz do legislador ordinário em regulamentar algumas questões constitucionais pontuais de eficácia limitada, a expectativa do detentor do direito que se queda ineficaz recai na prestação jurisdicional para o seu efetivo exercício. Com a evolução do movimento conhecido como ativismo judicial, pode-se notar real mudança de posicionamento nos tribunais brasileiros, com amparo da Suprema Corte, no amparo das questões referentes ao efetivo exercício do direito em casos de omissões legislativas

Desse modo, percebe-se que o Ativismo Judicial existe e se faz presente na prática jurídica brasileira, difícil é concluir objetivamente acerca da sua possibilidade e limites.

Mas a Constituição Federal de 1988, de forma brilhante, concede nortes de pensamento, trazendo remédios constitucionais de controle, que dão a entender que o Poder Judiciário possui abertura para um eventual Ativismo, afinal, possui competências que indiretamente poderiam ser entendidas como Ativismo, se não fossem normatizadas na Constituição, à exemplo do Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, que concede ao Poder Judiciário a possibilidade de suprir Direito, sob a premissa já tão citada, a omissão, a inércia do legislador, a ausência de norma regulamentadora que possibilite o exercício de direitos previstos na Constituição Federal.

Outro exemplo, que bem demonstra a funcionalidade do Mandado de Injunção, o trecho da decisão prolatada no MI 914 do Distrito Federal, cujo relatora era é excelentíssima Ministra Carmem Lúcia, senão veja-se:

DECISÃO MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO ALEGADA AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA DO ART. 40, § 4º, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MANDADO DE INJUNÇÃO CONCEDIDO EM PARTE PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI N. 8.213/91, NO QUE COUBER Relatório 1. Mandado de injunção coletivo impetrado pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário Federal do Estado de Mato Grosso, em 17.11.2008, contra o que seria falta de norma regulamentadora do art. 40, § 4º, da Constituição da República, cuja iniciativa seria do Presidente da República, aqui apontado como autoridade coatora. 2. O Impetrante, entidade sindical, impetra o presente mandado de injunção como representante dos servidores do Poder Judiciário Federal do Estado de Mato Grosso regidos pela Lei n. 8.112/90 e 11.416/2006, dentre eles os oficiais de justiça avaliadores, substituídos processualmente neste mandado de injunção, nos termos do art. 8º, inc. III, da Constituição da República (fls. 3-4). **Alega omissão da autoridade impetrada, pois, como explícita em sua petição inicial, os oficiais de justiça avaliadores desempenham funções sujeitas a risco de vida, portanto, encontram-se protegidos pela exceção contida no § 4º, inciso II do art. 40 da [Constituição da República], autorizando a concessão da aposentadoria especial a esses**

mediante lei complementar, a qual até o presente momento não foi editada, ocorrendo a denominada omissão legislativa (BRASIL, 2009, s. p.).

Veja-se como no caso citado, houve procedência dos pedidos e a concessão do Mandado de Injunção, ou seja, constatada a omissão do legislador ordinário com relação à edição de Lei Complementar para regulamentar a aposentadoria especial de oficiais de justiça e avaliadores, o Poder Judiciário foi convocado para suprir tal lacuna, de modo a conceder, na formalidade técnica do mandado de injunção, mandado que permita a obtenção do direito pretendido, previsto no artigo 40, § 4º, inciso II.

Então, devem ser consideradas as palavras do ministro Celso de Mello acerca do Ativismo Judicial excepcional sob a ótica contextualizada da Legislação Constitucional, de forma a atribuir ao Poder Judiciário necessário controle e proteção dos princípios e direitos declarados na Constituição Federal, de maneira à possibilitar uma atividade que supra inércias decorrentes das eventuais atribuições concedidas aos três poderes do Estado.

Fazendo íntegra relação ao capítulo 3.1, quanto à seguridade social, amparada no artigo 194 da Constituição, tem-se:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (BRASIL, 1988, s. p.).

Este é um exemplo clássico onde encontra o Poder Judiciário a árdua tarefa de decidir acerca da destinação de medicamentos levando-se em conta os recursos limitados do Estado e dos entes federativos, trazendo o conceito para a chamada judicialização da saúde, que nas palavras do professor Ivan Kertzman (2021, p. 66), se trata de um contrapeso ao princípio da universalidade de cobertura. Em suas palavras quanto ao princípio da seletividade o Judiciário deve resolver esse conflito, ponderando, no caso concreto, qual dos princípios deve ser aplicado.

Da decisão proferida no Recurso Extraordinário 657.718, denota-se que foi o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal quem determinou que a as regras de competência para demanda de fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA, passo que tal repartição poderia estar legislada, no então não está.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes (BRASIL, 2019a, s. p.).

Por fim, constata-se que o Ativismo Judicial é a consequência de uma omissão oriunda de alguns dos Poderes, e sua utilização como remédio para tal, pode trazer sucesso ao caso concreto, mas causa ainda mais desequilíbrio entre os Três Poderes.

3.1 DOS CASOS PRÁTICOS

Já quanto à apresentação de casos práticos, para uma possível análise arbitrária do Judiciário, e para melhor entendimento do Ativismo Judicial no Direito brasileiro, ergue-se uma pauta que Streck, Barreto e Oliveira bem colocam, até como exemplo, que midiaticamente foi muito comentado na comunidade jurídica, quanto à tentativa de regulamentação de uniões homoafetivas via jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob duas óticas muito interessante que Streck, Barreto e Oliveira (2010) mencionam, uma quanto à tentativa de instauração de uma verdadeira jurisprudência da valoração, na medida em que se pretende criar uma “abertura de espaços jurídicos” para a criação de algo que depende da regulamentação do poder Legislativo; e outra quanto à repriminção da ideia superada de que poderia haver normas constitucionais inconstitucionais.

Ou seja, a normalização da tutela judicial sobre temas essencialmente vinculados ao Poder Legislativo, que claro, nem sempre acompanhará de pronto modo os casos concretos, no entanto não se pode recorrer como remédio o Ativismo fruto de entendimento arbitrário de magistrados.

No caso aludido, a ferramenta utilizada de início foi a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), entretanto por questões técnicas, fora a parte que perdeu objeto, o remanescente foi julgado a título de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), nos moldes do esclarecido no capítulo anterior, de modo a julgar a suposta necessidade de alterar a interpretação dada ao artigo 1.723 do Código Civil, quanto ao sentido do conceito de família, conforme ementa e parte da decisão abaixo:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

[...]

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. **O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal**

[...]

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA

[...]

INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. **PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou**

discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. grifo nosso (BRASIL, 2011, s. p.).

Neste caso, nos termos trazidos por Streck, Barreto e Oliveira (2010) veja-se que o Supremo Tribunal Federal foi acionado, conforme citado no capítulo anterior, quanto à omissão do Poder Legislativo nas normas infraconstitucionais, para suprir tal omissão no sentido de conceder nova interpretação ao artigo 1723 do Código Civil de 2002, ainda que sem mudar seu texto, de forma que cabe a discussão se houve Ativismo Judicial neste caso, colocando Streck, Barreto e Oliveira (2010, p. 83) na conclusão da sua obra, que entendem que tal alteração do conceito de Família e da união homoafetiva deve partir do Poder Legislativo, mediante Lei ou Emenda Constitucional, de forma que entende:

Estamos convictos que não é através do exercício de um ativismo judicial que essa regulamentação deve ser leva a efeito. Em nome do direito não podemos fragilizar o direito. Não se pode confundir a jurisdição constitucional, absolutamente necessária para concretizar direitos previstos na Constituição, com um apelo indevido à jurisdição para que atue nas hipóteses que não estão previstas na Constituição (STRECK, BARRETO E OLIVEIRA, 2010, p. 83)

Questiona-se que de muito dos casos vinculados a discussão do Ativismo Judicial, é sua justa modificação no próprio texto constitucional, ou na forma em como a Constituição é interpretada, o que permite um estudo profundo acerca do controle constitucional realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

3.1.1 Primeiro Caso

Este primeiro caso, fora a pauta levantada no capítulo anterior, é oriundo de uma decisão proferida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, relator no Mandado de Segurança 32.326, que analisa a hipótese de perda do mandato de parlamentar sem decisão do Congresso Nacional, o que evidencia uma questão cuja decisão altera de forma crítica a forma em como os poderes se relacionam e se delimitam, senão veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO CRIMINAL DEFINITIVA DE PARLAMENTAR. RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO POR TEMPO SUPERIOR AO QUE RESTA DE MANDATO. HIPÓTESE DE DECLARAÇÃO DE PERDA DO MANDATO PELA MESA (CF, ART. 55, § 3º).

1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado. 2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício. 3. Como consequência, quando se tratar de Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 4438965. MS 32326 MC / DF Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória. 4. Liminar concedida para suspender a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação nº 20, de 21.08.2013 (BRASIL, 2013, s. p.).

Veja-se que a declarada regra geral se encontra no Art. 55, § 3, nos seguintes termos:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (BRASIL, 1988, s. p.).

Nada obstante, o entendimento de Streck, Barreto e Oliveira (2010) é que houve Ativismo Judicial, no sentido de que fatores alheios ao cerne constitucional interferiram na sua interpretação

[...] impetrou o MS 32326, com pedido liminar para suspender os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados pela não cassação do deputado Donadon, distribuído para a relatoria do ministro Barroso. A Constituição disciplina claramente sobre esse assunto (art. 15). O STF já havia se pronunciado sobre essa questão. Até o próprio ministro Barroso já havia se posicionado sobre esse tema, como referido no início. Mas o que fez o ministro Barroso? Para a surpresa da comunidade jurídica, na contramão do posicionamento apresentado anteriormente, concedeu liminar *inaudita altera pars*, suspendendo os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados que tomou a malfadada decisão

A Ação Penal 470 consagrou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que, quando há condenação criminal transitada em julgado de mandatário de cargo eletivo, a cassação do mandato constitui consequência automática da pena, independentemente de manifestação da Casa Legislativa. Já com o “caso Cassol” (AP 565), houve reviravolta na jurisprudência do Supremo, da qual participou o ministro Luís Roberto Barroso: a perda do mandato passou a depender de decisão das Casas Legislativas, na forma como dispõe a Constituição brasileira (artigo 55, VI, §2º) (STRECK, TASSINARI E LEPPER, 2015).

É relevante destacar o que a interpretação da Constituição Federal de 1988 por magistrados e neste caso, por ministros do Supremo Tribunal, é vinculada a forma como a mesma é interpretada, seja ao pé da letra, seja por fatores relacionados com uma interpretação mais contextualizada com a realidade, onde somam-se fatores que por vezes, nem os magistrados bem sabem explicar.

Portanto, diga-se que o ministro Luiz Roberto Barroso foi contraditório ao Julgar a referida demanda:

Nitidamente, há uma contradição na decisão do ministro. O Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, que exerce um papel contramajoritário, não pode simplesmente mudar de ideia, nem mesmo se houver grande descontentamento da opinião pública. Isso porque, acima de tudo, o argumento que fundamenta uma decisão judicial deve ser jurídico — nem moral, nem político (STRECK, TASSINARI E LEPPER, 2015, p. 84)

Veja-se que os doutrinadores e a comunidade jurídica brasileira são importantes quanto a interpretação de decisões do Poder Judiciário, ainda mais quando se fala em decisões proferidas por ministros do Supremo Tribunal Federal, em respeito à preservação das fontes do Direito, pelo que a exposição da contradição da decisão do ministro Luiz Roberto Barroso é relevante para uma análise de possível Ativismo Judicial.

3.1.2 Segundo Caso

Em outra perspectiva, analisa-se a ADPF nº 442, arguida pelo Partido Socialismo E Liberdade – Psol, partido político, este legítimo para arguição, nos termos do artigo 2º, inciso I, da Lei 9.882/1999, utilizando-se de mecanismo de

eventual controle constitucional a ser exercido pelo Poder Judiciário, nos termos dos principais trechos da proposição de ADPF, abaixo:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, indicando como preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º), para que seja declarada a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei no 2.848/1940)

[...]

Pedido Definitivo:

[...]

(c) a confirmação da medida liminar e, no mérito, a procedência da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que, com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento (BRASIL, 2020^a, s. p.).

Portanto, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal, competente para julgar a referida ADPF, nos termos do artigo 102, § 1, foi invocado para deliberar acerca de mudança significativa da abordagem quanto aos procedimentos vinculados ao aborto, previstos no artigo 124 e 126 do Código Penal, pelo que mediante sua decisão, poderia estar tomando rumos significantes quanto ao Ativismo Judicial.

Afinal, a descriminalização do aborto até a 12^a semana de gravidez relevantemente coloca nas mãos do Judiciário, o dever de entender mediante suas atribuições, onde começa o direito à vida, que é devidamente reservado ao nascituro desde sua concepção, nos termos do artigo 2º do Código Civil.

Neste diapasão, cita Benedito Torres Neto (2020, p. 51):

[...] Qual o limite da competência do Supremo Tribunal Federal para normatizar esse tipo de matéria? E a legitimidade da criação do direito pela jurisdição constitucional? E quais seriam as técnicas decisórias para a superação de omissões Constitucionais? Ou a interpretação será

“conforme” a Constituição, analisando o pedido de recepção do Código Penal, em seus artigos 124 a 126. Vê-se que, a princípio, caso o entendimento fosse de omissão, como sugere a inicial da ADPF 442, pois quer que o Supremo Tribunal Federal legisle, ao acrescentar a descriminalização do aborto até a 4ª semana de gravidez, matéria sem precedência no Brasil, estaríamos diante de uma sentença aditiva e não, simplesmente, interpretação constitucional admissível conforme a lei. **Trata-se de estado de omissão inconstitucional (lacunas normativas que produzem resultados normativos inconstitucionais). Nesse caso, para que isso ocorra, o Supremo Tribunal Federal tem que assumir a posição de legislador positivo e deve se observar o princípio democrático e a independência dos poderes**, evitando, assim, o ativismo judicial que tanto prejudica a relação entre poderes. Em suma, o que se pleiteia é inserir, no rol das exceções relativas ao aborto, a descriminalização, até a 12ª semana de gravidez.

Em contrapartida, quanto à possibilidade de invocação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, já citava Heloísa De Brito Moreira, acerca do ilustre posicionamento de Ellen Gracie, quanto a ADPF de nº 54, de termos semelhantes da ADPF 442, quanto à tentativa de induzir ao Poder Judiciário, matéria que deveria ser proposta e discutida mediante PEC no Congresso Nacional.

Entendo não se tratar de matéria que se ajuste às hipóteses de cabimento da ADPF. Li e reli a bem lançada peça inaugural e devo dizer, não sem antes elogiar o engenho com que se houve seu ilustre autor, que nela vislumbro uma tentativa de artificiosa utilização do novo instituto, com um objetivo que nele, porém, não se comporta. O objeto da ação corresponde inegavelmente à tentativa de obter do Supremo Tribunal Federal manifestação jurisdicional que acrescente ao ordenamento penal uma nova hipótese de excludente de ilicitude da prática de abortamento (MOREIRA, 2021, p. 20).

Nessa senda, Juliana Barbosa Carlete bem coloca que é o Supremo Tribunal Federal não pode atuar como legislador positivo, incorrendo na prática de Ativismo Judicial, colocando em risco principalmente o princípio da separação de poderes, já que seria notória a inovação jurídica, assumindo papel claro de legislador.

No mesmo sentido, é o que concluiu Benedito Torres Neto (p. 55, 2020) em sua obra, afirmando que são claras as regras presentes no Código Penal e os princípios (direito à vida e à dignidade da pessoa humana), sendo normas que completam, e que por isso foram recepcionadas pela Constituição Federal. E que no sistema de ponderações, deve prevalecer o tipificado no Código Penal, não havendo lacunas, existindo regras e normas bem postas e que só podem ser alteradas pelo Poder Legislativo.

3.1.3 Terceiro Caso

Como último exemplo, analisa-se decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.012 do Mato Grosso do Sul, proposta pela Confederação Brasileira De Trabalhadores Policiais Civis – Cobrapol, cujo relator era o Ministro Alexandre de Moraes, conforme ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL. FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS (CF, ART. 39, § 2º). ART. 167, IV E § 1º, DO DECRETO 12.118/2006, EDITADO PELO GOVERNADOR DO MATO GROSSO DO SUL. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE MAGISTÉRIO POLICIAL. LIMITES MÁXIMOS MENSIS DIFERENCIADOS, CONFORME O CARGO TITULARIZADO PELO SERVIDOR DOCENTE. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (ART. 5º, CAPUT E INCISO I, DA CF). **INTERPRETAÇÃO CONFORME, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, PARA QUE TODOS OS PROFISSIONAIS QUE DESENVOLVAM IDÊNTICAS ATIVIDADES DE ENSINO SEJA M REMUNERADOS EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES. CAUTELAR CONFIRMADA. PROCEDENCIA PARCIAL** (BRASIL, 2019b, s. p., Grifo nosso).

Depreende-se do referido caso, e do acórdão proferido, que relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, por maioria, acordam em referendar integralmente a medida cautelar e julgar parcialmente procedente o pedido para conferir ao § 1º do art. 167 do Decreto nº 12.118/2006, com interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, pela qual o percentual ali previsto incide sobre a mesma base de cálculo referida no inciso IV (subsídio da classe inicial de Delegado de Polícia), independentemente do cargo ocupado pelo servidor que exerce atividades de ensino na Academia de Polícia (BRASIL, 2019b, s. p.).

Verifica-se que se trata de mais uma situação em que o Ativismo Judicial pode ser colocado em discussão ante a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, já que a deliberação da interpretação da norma infraconstitucional se fez necessária para atendimento ao pedido de igualdade de remuneração, ainda que distinto o cargo, quando se tratarem de atividades idênticas.

Neste caso, expressam o entendimento sobre suposto Ativismo Judicial Alfredo Copetti Neto e Lucas Gabriel Ladeia Cirne (2020, p. 270):

Em contrapartida, destaca-se o caminho diverso que foi seguido, única e – a nosso ver – corretamente, pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI ora debatida. **Em primeiro lugar, o citado julgador estabeleceu, com espeque nos artigos 37, X e 169 § 1º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade de lei para fixação da remuneração de servidor público, reforçando a tese de que apenas o Poder Legislativo é competente para estabelecer tal determinação, conforme se extrai do trecho a seguir assinalado.**

Entenderam os referidos autores que houve Ativismo Judicial, a partir do momento em que o Poder Judiciário invadiu competência que seria atribuída ao Poder Legislativo para decidir acerca da referida remuneração, pelo que igualmente afirmam:

Ante o quadro exposto, verifica-se como é possível o Poder Judiciário utilizar equivocadamente a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto como fundamento instrumental da postura ativista, assumindo, em muitos casos, a função de legislador, ultrapassando os limites impostos pela Constituição a partir da subjetividade e da discricionariedade típicas do ativismo judicial e deslegitimando o Estado Democrático de Direito, no momento em que reforça a interferência inapropriada de um poder sobre os demais.

Concluindo, volta-se a destacar que a verdadeira causa do Ativismo Judicial, majoritariamente, é a omissão do Poder Legislativo quanto a determinadas normas, ou até mesmo quanto a sua clara forma de interpretação, pelo que tal fenômeno surge como uma consequência ou reação às insuficiências de Poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir, então, que desde o período do pós-guerra, e no Brasil, após o regime da Ditadura Militar, a proteção aos Direitos Fundamentais se tornaram prioridade, de modo a refletir na necessidade do Poder Público em amparar seus cidadãos, sob pena de não fazer cumprir os princípios e normas constitucionais.

A Redemocratização no Brasil foi um período marcante para a instauração de um Estado Democrático de Direito, de forma a ser criada a Constituição Federal de 1988, dotada de normas e princípios que regem o ordenamento jurídico, de forma a proteger seus cidadãos.

Foi possível verificar, mediante a utilização do texto constitucional, toda a estrutura dos três poderes, de forma a relacioná-los, bem como estudá-los, considerando os entes federados, que também são importantes na estrutura político-administrativa do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Verificamos que o Ativismo Judicial se instaura por meio do controle constitucional, pelo que o Supremo Tribunal Federal nem sempre acertou em suas decisões, tanto que entre casos demonstrados, quase todos não foram de decisão unânime dos ministros, inclusive com alusão de um ou outro, quanto à discussão de quem deveria ser a competência de deliberar sobre determinado tema, atribuindo ao Legislativo certas questões, a exemplo de Gilmar Mendes na ADI 6.012.

O problema de pesquisa e os objetivos do trabalho foram supridos, posto que se concluiu que o fenômeno do Ativismo Judicial existe, e é até admitido por ministros do Supremo Tribunal Federal, ante a omissão dos outros Poderes da Federação, mas não admitido no sentido de uso legal de tal Ativismo, e sim no sentido de que em algum momento, se reconheceu alguma decisão onde o uso do Ativismo Judicial ocorreu, pelo que seus reflexos, ainda que prejudiciais a boa relação do Poder Judiciário com os demais Poderes da Federação, não são utilizadas como um fim, e sim como um meio, como uma ferramenta de correção de omissão de eventuais normas, pelo que até mesmo o Poder Legislativo tem certa responsabilidade na causa do Ativismo Judicial.

Entende-se que tal Ativismo pode ocorrer de forma acidental e não tão perceptível, como de forma escancarada em alguns casos, a título de uma necessidade do Poder Judiciário em suprir direitos cuja gravidade do caso concreto

traz ofensas ao cumprimento do regido na Constituição Federal, de forma a dirigir ao Poder Judiciário o Ativismo Judicial.

Por fim, assim como em qualquer esfera, o Poder Público é exercido por seres humanos, e erros e escolhas erradas acontecem com frequência, ainda mais quando fala-se em questões omissivas, de difícil identificação imediata, podendo sim gerar certo desequilíbrio no exercício do Poder estatal e dos três Poderes.

Entretanto, tais falhas sempre devem ser corrigidas através do uso da lei e de suas ferramentas, sob pena de desrespeito as normais constitucionais, ainda mais com relação a imposição de que os três poderes devam funcionar de forma harmoniosa, buscando-se, portanto, à luz dos princípios da Constituição Federal de 1988, uma boa relação entre os Poderes da federação, de forma a preservar o presente e proteger o futuro da nação brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, G.; SCAVUZZI, M.; FERNANDES, R. Y. Atuação do STF na pandemia do covid-19. Fine line entre aplicação da constituição federal e ativismo judicial. **Revista dos Tribunais**. vol. 1020/2020. Out / 2020. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/10%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/artigos/2.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.
- ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria lockeana da separação de poderes**. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>. Acesso em: 19 set. 2021.
- ANACLETO, S. D. M. **O processo legislativo no distrito federal, nos Estados e nos municípios: breves considerações**. 2010. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/589_arquivo.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.
- ARAÚJO, A. G.; DIAS, J. A. Ditadura e Democracia: o impacto da conciliação sobre as memórias e a constituição da Justiça de Transição no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 38, p. 121-139, ago. 2018.
- ARAÚJO, M. L. C. de; LEITE, G. S. Poder Legislativo e dinâmica constitucional: um estudo à luz do princípio federativo. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 52, n. 207, p. 289-303, jul./set. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p289. Acesso em: 21 set. 2021.
- BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 20 set. 2021.
- BATSCHAUER, R. B. de S. **A influência da teoria da tripartição dos poderes defendida por Montesquieu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Itajaí -SC, 2006, 85p. (Monografia Curso de Direito) Universidade do Vale do Itajaí –UNIVALI: Itajaí -SC, 2006. Disponível em: <https://siaibib01.univali.br/pdf/Rafaela%20Souza%20Batschauer.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.
- BITENCURT, C. M.; RECK, J. R. Políticas Públicas e Matriz Pragmático-Sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil. **Essere nel Mondo**. 2018. Disponível em: <https://www.esserenelmondo.com/pt/direito-politicas-pUblicas-e-matriz-pragmAtico-sistEmica-ebook124.php>. Acesso em: 21 set. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, brasileira, 2007;
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. v 1. 1998. Disponível em:

<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia (uma defesa das regras do jogo)**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BRANCO, P. G. G. **Cláusulas Pétreas**. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/21/edicao-1/clausulas-petreas>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal – MPF. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 442/DF**. 2020a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000442InterrupodaGestaoCD.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Referendo na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 672 Distrito Federal**. 2020b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113896606/referendo-na-medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-672-df-0089306-9020201000000/inteiro-teor-1113896607?ref=feed>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Emb. Decl. No Recurso Extraordinário 855.178**. 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.012 - Mato Grosso do Sul**. 2019b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772647577/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6012-ms-mato-grosso-do-sul-0077897-8820181000000/inteiro-teor-772647587>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.921 - Rio de Janeiro**. 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770040377/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2921-rj-rio-de-janeiro-0002436-3820031000000/inteiro-teor-770040387>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132 - Rio de Janeiro**. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – STA 175-Agr/CE**. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Mandado de Injunção: MI 914 DF**. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4064651/mandado-de-injuncao-mi-914>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Medida cautelar em mandado de segurança 32.326 – Distrito Federal**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-suspende-efeitos-sessao-manteve.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

CABETTE, E. L. S. **ADPF 442 STF: Quando o ativismo judicial chega ao cume da perversão militante**. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/01/09/adpf-442-stf-quando-o-ativismo-judicial-chega-ao-cume-da-perversao-militante/>. Acesso em: 21 set. 2021.

CARDOSO, O. V. **A Interpretação Constitucional Como Método de Controle de Constitucionalidade**. 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1446>. Acesso em: 20 set. 2021.

CARLETE, J. B. **Ativismo judicial e limites da jurisdição constitucional: o caso da ADPF 442**. Trabalho de conclusão de curso Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Vitória, 2019. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/693>. Acesso em: 21 set. 2021.

DRESCH, R. L. **Federalismo Solidário: A Responsabilidade dos Entes Federativos na Área da Saúde**. 2014. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/126/1127/FEDERALISMO-SOLIDARIO-A-RESPONSABILIDADE-DOS-ENTES-FEDERATIVOS-NA-%C3%81REA-DA-SA%C3%9ADE.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

DI PIETRO, M. S. Z. **Princípio da legalidade**. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 21 set. 2021.

DONATO, V. C. C. **O poder judiciário no Brasil: Estrutura, críticas e controle**. 2006. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

FEPODI. **Universalização do conhecimento e da democratização da pesquisa.** VIII Congresso da Fepodi. 18 e 19 de março de 2021. 2021. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2021/03/Programac%CC%A7a%CC%83o-completa_VIII-Congresso-da-FEPODI.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

FERREIRA, E. De M. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791.** Promulgada em 14 de setembro de 1791. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.

GIUSTI, Daiane. **A Evolução Dos Direitos Fundamentais No Brasil.** 2012. 48 f. Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Público: Ênfase em Direito Constitucional e Administrativo - Universidade Comunitária Regional de Chapecó, UNOCHAPECÓ, Chapecó, 2012.

GONÇALVES, Fábio Marques; LIMA, Danilo Pereira. A tradição constitucionalista e sua importância para a consolidação de um regime democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 40, p. 116-130, ago. 2019.

GUERRA, S. Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. 2017. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/151>. Acesso em: 21 set. 2021.

INGLEHART, Ronald. Democratização em perspectiva global. *Opinião Pública*, Campinas, vol. I, nº 1, p. 09-67, Julho/Agosto. 1993.

JUNQUEIRA, E. **Supremo Tribunal Federal (STF).** [s.d]. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/SUPREMO%20TRIBUNAL%20FEDERAL%20\(STF\).pdf](http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/SUPREMO%20TRIBUNAL%20FEDERAL%20(STF).pdf). Acesso em: 21 set. 2021.

JUNIOR, A. B. de S.; MEYER-PFLUG, S. R. **O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal.** [s.d.]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>. Acesso em: 21 set. 2021.

JÚNIOR, Miguel Reale. Democracia e Cidadania no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre: v. 21, p. 260-271, mar/2002.

KERTZMAN, I. **Curso Prático de Direito Previdenciário.** 19 ed. 2021. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/exv85v1>. Acesso em: 21 set. 2021.

LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. **O poder executivo na Constituição de 1988**. Anais. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2008.

MACHADO, J. de S. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro. 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

MALLMANN, L. I. **A (in)eficácia do voto obrigatório no Brasil**. 2009. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/453/1/LeandroMallman.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

MARTINS, Claudio de Almeida. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos No Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Primazia da Norma Mais Favorável Ao Ser Humano**, 2014, 100 F. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), Fortaleza, 2014.

MELLO, C. de. **Discurso Proferido pelo Ministro Celso de Mello, em Nome do Supremo Tribunal Federal, na Solenidade de Posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008**. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/41536/40884>. Acesso em: 21 set. 2021.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAIS, J. B. de. **Estado & Constituição: O "Fim" do Estado de Direito**. 2017. Disponível em: <https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/estadoeconstituicao.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

MOREIRA, H. de B. **Análise da ADPF Nº 442 à luz do direito fundamental à vida**. Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica. Anápolis. 2021. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/18232>. Acesso em: 20 set. 2021.

MOREIRA, L. F. S. **A independência e harmonia entre os poderes: judicialização da política e ativismo judicial no Brasil**. 2018. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-luiz-fernando-sant-ana-moreira>. Acesso em: 21 set. 2021.

MOREIRA, N. C.; PAULA, R. F. de. Direito e política entre regras, princípios, indicadores e standards: fim do estado de direito? *In*: MORAIS, J. L. B. de. **Estado & Constituição: o "fim" do estado de direito**. XIª Reunião da rede de pesquisa Estado & constituição, UNICHRISTUS – PPGD, 28 A 30 de setembro de 2017. Disponível em: <https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/estadoeconstituicao.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

MOSCA, E. X. de A. A importância da Constituição de 1988 para a efetivação de direitos. **Revista eletrônica EJE**. n. 6, ano 2. 2012. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-2/a-importancia-da-constituicao-de-1988-para-a-efetivacao-de-direitos>. Acesso em: 21 set. 2021.

MPPR. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e sua implementação**. [s. d.]. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1177>. Acesso em: 21 set. 2021.

NETO, B. T. A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez – inconstitucionalidade da ADPF 442. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. nº 77, jul./set. 2020. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Benedito_Torres_Neto.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

NETO, A. C.; CIRNE, L. G. L. As sentenças interpretativas e o ativismo judicial: os limites hermenêuticos necessários à manutenção da legitimidade do estado democrático de direito. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Ano XXIX – n. 53 – jul./dez. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/11395>. Acesso em: 21 set. 2021.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia Delegativa?** São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, 1991.

OLIVEIRA, L. M. E. de. **O fundamento populista e os impactos das decisões do executivo no destino do Brasil diante da pandemia pela covid-19**. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14357>. Acesso em: 21 jul. 2021.

OLIVEIRA, R.; ADRIÃO, T. **Gestão, financiamento e Direito à Educação**. São Paulo: Xamã, 3ed. 2007.

ORTIZ, J. M. **Processo legislativo municipal: a função das comissões de constituição, justiça e redação**. 2015. 55 f. Trabalho de conclusão de curso (Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/857/1/TC%20II%20-%20Jeferson%20Marcelo%20Ortiz.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

PACHECO, R. do R. S. **Implicações Do Ativismo Judicial No Brasil: Análise Prática Da Criação Do Direito Pelo Poder Judiciário**. 2017. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais em parceria com o Centro Universitário Newton Paiva, Recife, 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEREIRA, C.; MUELLER, B. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. 15 (43) • Jun 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/wDtxXwxzJzwMcr39ZmjD86m/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 21 set. 2021.

ROSA, Á. D. da. **Agências reguladoras e Estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90**. 2008. 146 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/96304>. Acesso em: 21 set. 2021.

ROSENFELD, L. **Denis, O que é Democracia**. São Paulo, brasileira, 2017. Disponível em: <https://elivros.love/livro/baixar-livro-o-que-e-democracia-primeiros-passos-denis-lerrer-rosenfield-em-epub-pdf-mobi-ou-ler-online>. Acesso em: 19 set. 2021.

SILVA, Lucas do Monte. A força normativa da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. (Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung). **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. Porto Alegre, p. 229-233, jun. 2016.

STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LEPPER, A. O. **Revista brasileira de políticas públicas**. V. 5. 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

STRECK, L. L.; BARRETO, V de P.; OLIVEIRA, R. T. de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. 2010. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 20 set. 2021.

TEIXEIRA, S. F. Financiamento e equidade em saúde -: por um novo contrato social. **SER Social**, [S. l.], v. 11, n. 25, p. 16–29, 2010. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/12724. Acesso em: 21 set. 2021.

WEBER, M. **Ensaio de Sociologia**. 1946. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3952424/mod_resource/content/1/Max%20Weber%20-%20Ensaio%20de%20Sociologia%20-%20Gerth%20%20Mills.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.