

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

CELIO ROBERTO CORREA

**DO NASCIMENTO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO AO ATIVISMO JUDICIAL
DIALÓGICO: O PAPEL DO MOVIMENTO NA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS E
GARANTIAS.**

CURITIBA

2021

CELIO ROBERTO CORREA

**DO NASCIMENTO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO AO ATIVISMO JUDICIAL
DIALÓGICO: O PAPEL DO MOVIMENTO NA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS E
GARANTIAS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição.

Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza

Curitiba

2021

CELIO ROBERTO CORREA

**DO NASCIMENTO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO AO ATIVISMO JUDICIAL
DIALÓGICO: O PAPEL DO MOVIMENTO NA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS E
GARANTIAS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição.

Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Dr. André Peixoto de Souza
UNINTER/UFPR – Orientador e Presidente

Prof.º Dr. Fábio da Silva Bozza
UFBA

Prof.º Dr. Celso Luiz Ludwig
UNINTER/UFPR

Curitiba, 19 de Maio de 2021.

Dedico este trabalho a filha Amanda e a minha esposa Adriana pelo apoio incondicional que me deram diante de tantas dificuldades e das incontáveis horas “roubadas” do convívio diário. Amo vocês!

Aos meus irmãos Silvio, Silvia e Sandro pela torcida, a minha querida mãezinha “Dona Maria” pelas orações diárias que faz em meu favor, tornando-me mais forte para enfrentar os desafios e as dificuldades que surgem.

Ao meu pai Antônio que partiu a poucos meses atrás, mas que na simplicidade de seus gestos e palavras fez de mim homem honesto e trabalhador. Muito obrigado por tudo que fez por nós!

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus pelas oportunidades, as quais me permitiram deixar para trás as dificuldades impostas em razão do semi-analfabetismo contabilizado até os “vinte e poucos anos”, dando-me a possibilidade de ser melhor e ajudar aos demais com a minha profissão. Ao tempo de Deus tudo é possível e este momento é também para mim prova irrefutável de sua intervenção.

Agradeço ao meu Orientador Prof. Dr. André Peixoto de Souza que prontamente aceitou o desafio de conduzir este trabalho, malgrado dispuséssemos de tempo limitadíssimo. De fato, esteve sempre disponível e pronto para ajudar. Prof. André, obrigado pela oportunidade, pelas lições e pelas orientações nesta trajetória, as quais tornaram possível esta conquista. Mais que isso, agradeço pela amizade e parceria que espero saia fortalecida.

Rendo agradecimentos aos Professores Walter Guandalini Jr, Rui Carlo Dissenha, Martinho Martins Botelho, Luiz Fernando Coelho, especialmente ao Prof. Celso Luiz Ludwig que me acompanha desde a segunda aula na graduação, digno, aliás, de cada uma das homenagens que lhe são rendidas a todo tempo. De forma também especial agradeço ao Prof. Doacir que tanto me auxiliou em diversas oportunidades “quando estive órfão”, e que tive o privilégio de apor meu nome junto ao dele em trabalho já publicado.

Ao Coordenador do PPGD, Prof. Dr. Daniel Ferreira, pela oportunidade e apoio despendido, bem como a dedicação dispensada ao sucesso do PPGD. Com efeito, o sucesso deste é também o nosso. Agradecimento que estendo as pessoas de Elenice Nancy de Oliveira e Anna Paula Cavalheiro. Sem elas seria impossível chegar aqui. Muito obrigado por tudo.

Aos Amigos que o Mestrado me deu: Tatiana Conceição dos Reis Filagrana, Kauana Vieira da Rosa Kalache, Josiane Lorena Peters, Eduardo Rodrigues, João Paulo Jamnik, Jean Carlos Martins Rodrigues, Lincoln Schroeder Sobrinho, agradeço pela amizade e convívio. Estar na companhia de vocês tornou o ensino mais rico e a empreitada mais prazerosa. Agradeço especialmente a Jéssica Jane de Souza, Ana Paula De Oliveira, João Luiz Martinechen Beghetto e Wilian Roque Borges, parceiros de projetos feitos e outros que certamente virão.

RESUMO

Conhecida como teoria crítica do direito, o referido movimento buscou sempre incutir severos questionamentos acerca do modelo normativo vigente, de modo a tornar efetiva a obediência aos direitos constitucionais reconhecidos. Nestes termos, o modelo crítico conclama uma mudança paradigmática, de modo a considerar a evolução da sociedade e as suas reivindicações, chamando sempre a atenção do Estado para o efetivo respeito as previsões, vislumbrando sempre maior gama de direitos e a coletividade. Para tanto, milita no sentido de que as decisões não apenas concretizem direitos mínimos já previstos, mas reconheça outros trazidos com as mudanças contabilizadas pela sociedade, ou ainda, aqueles pendentes de regulamentação. Assim, a crítica invoca, sobretudo, o Judiciário a trabalhar de modo mais ativo no sentido de se fazer justiça efetiva, vez que incumbe a pessoa do magistrado interpretar leis e assegurar que os direitos e as garantias sejam observadas, consoante a própria Constituição prevê. De fato, com advento do Estado de Bem-Estar Social, das gerações de direito e da Revolução Constitucional contabilizada no pós Segunda Guerra Mundial, exige-se uma postura mais contundente do magistrado, que passa a decidir questões negligenciadas pelos demais poderes sempre que provocado pelos jurisdicionados. Aliás, quer seja pela teoria crítica do direito, ativismo judicial ou mesmo pelo ativismo judicial dialógico – valendo-se da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional - é fato que ambas acontecem justamente em razão desta postura inerte impregnada nos poderes Legislativo e Executivo, preocupado com razões outras que não aquelas que lhe foram confiadas. Entretanto, Poder(es) e Estado estão intimamente interligados, de modo que ambos devem ser isoladamente ativos e igualmente fortes para que o Estado como um todo também o seja - como dirá Cappelletti -, permitindo assim extrapolar os limites fixados inicialmente pelo próprio Estado para se fazer cumprir as previsões Constitucionais. Para tanto, o novo modelo de Jurisdição inaugurado enfrenta desafios diuturnos no sentido de reconhecimento e inclusão, levando a um novo patamar as discussões que remontam o tema, não apenas em razão das matérias, mas também de seu alcance e validade. Assim, o viés teórico e histórico deste novo modelo de Jurisdição é demonstrado nesta pesquisa a partir da mudança paradigmática contabilizada no Poder Judiciário com o processo de Constitucionalização. Deste modo, a proposta desta dissertação cinge-se em demonstrar não apenas a origem e a incorporação do modelo crítico, mas também sua atualização e sua validade sob o aspecto legal. Mais que isso, aferir a efetividade do movimento crítico no que diz respeito a efetivação das previsões constitucionais.

PALAVRAS CHAVE: Constitucionalização; Teoria Crítica do Direito; Ativismo Judicial; Ativismo Judicial Dialógico; Estado de Coisas Inconstitucional; Divisão de poderes.

ABSTRACT

Known as a critical theory of law, this movement has always sought to instill severe questions about the current normative model, in order to make effective compliance with recognized constitutional rights. In these terms, the critical model calls for a paradigmatic change, in order to consider the evolution of society and its demands, always drawing the attention of the State to the effective respect for the forecasts, always envisioning a greater range of rights and the collectivity. To this end, it advocates that decisions not only materialize the minimum rights already foreseen, but recognize others brought with the changes accounted for by society, or even those pending regulation. Thus, the criticism invokes, above all, the Judiciary to work more actively in order to bring about effective justice, since it is up to the magistrate to interpret laws and ensure that rights and guarantees are observed, according to the Constitution itself. In fact, with the advent of the Social Welfare State, the generations of law and the Constitutional Revolution counted after the Second World War, a more forceful posture from the magistrate is required, which starts to decide matters neglected by the other powers whenever provoked. by jurisdictions. In fact, whether due to the critical theory of law, judicial activism or even dialogical judicial activism - using the declaration of the Unconstitutional State of Things - it is a fact that both happen precisely because of this inert posture impregnated in the Legislative and Executive branches, concerned with reasons other than those entrusted to it. However, Power (s) and State are closely interconnected, so that both must be separately active and equally strong if the State as a whole is also to be - as Cappelletti will say -, thus allowing to extrapolate the limits initially set by the State itself in order to enforce the Constitutional provisions. To this end, the new Jurisdiction model inaugurated faces day-to-day challenges in the sense of recognition and inclusion, taking the discussions that go back to the subject to a new level, not only because of the matters, but also because of its scope and validity. Thus, the theoretical and historical bias of this new model of Jurisdiction is demonstrated in this research from the paradigmatic change accounted for in the Judiciary with the Constitutionalization process. Thus, the proposal of this dissertation is limited to demonstrating not only the origin and the incorporation of the critical model, but also its updating and its validity under the legal aspect. More than that, measure the effectiveness of the critical movement with regard to the effectiveness of constitutional forecasts.

KEY WORDS: Constitutionalization; Critical Theory of Law; Judicial Activism; Dialogical Judicial Activism; Unconstitutional State of Things; Division of powers.

SUMÁRIO

1 DA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA IMPOSTA AO JUDICIÁRIO	12
1.1 DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO PÓS-GUERRA	12
1.2 DO <i>WELFARE STATE</i> E DAS GERAÇÕES DE DIREITOS.....	16
1.3 DA MUDANÇA PARADIGMÁTICA IMPOSTA AO JUDICIÁRIO E O NASCIMENTO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO	20
1.4 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO NO BRASIL.....	35
1.5 APONTAMENTOS FINAIS.....	39
2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO ATUALIZAÇÃO DA CRÍTICA	41
2.1 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	41
2.2 O PAPEL DO JUIZ CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS	47
2.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO USO DO ATIVISMO JUDICIAL	57
2.3.1 Da legitimidade democrática.....	58
2.3.2 Da politização da justiça	65
2.3.3 Da capacidade institucional	69
2.4 APONTAMENTOS FINAIS.....	73
3 – ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO: A CRÍTICA RENOVADA	76
3.1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO	76
3.2 ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO E DO ESTADO DE COISAS..	77
3.3 O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	86
3.4 TEORIAS DIALÓGICAS.....	90
3.4.1 Método Judicial.....	91
3.4.2 Teorias estruturais de diálogo.....	92
3.4.3 Fusão Dialógica	93
3.4.4 As teorias dialógicas e o ativismo	94
3.5 A PRÁTICA DIALÓGICA E O CUNHO ESTRUTURANTE DAS DECISÕES.....	97
3.6 O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	101
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

INTRODUÇÃO

Muito embora as constituições remontem período anterior a Segunda Guerra Mundial, a história recente demonstrará que é somente após término desta que acontece a chamada Revolução Constitucional, também reconhecida como processo de constitucionalização, o qual acabou por reconhecer direitos inerentes a dignidade da pessoa humana.

De suma importância ressaltar que o processo de reconhecimento de direitos e garantias manteve sua marcha constitucional em rumo certo e definido, mormente em razão *Welfare State* e das gerações de direitos que estavam sendo construídas e que ainda o são, cada uma delas incluindo novos direitos e consolidando-os nos documentos constitucionais.

Se é correto afirmar a importância e o reconhecimento alcançado pelo processo constitucional, é igualmente correto afirmar que a efetividade dos direitos e garantias previstos no texto encontra dificuldades em sua implementação, mais ainda em razão de que a sociedade em vertiginosa evolução acaba por incluir novos anseios, motivando críticas contundentes no sentido de cobrar do Estado um compromisso maior quanto ao cumprimento efetivo das previsões anotadas nos textos constitucionais, sobretudo aquelas de cunho coletivo.

Inércia do Estado – Legislativo e Executivo - que motiva o nascimento do movimento crítico, assim reconhecido com teoria crítica do direito, e que atuou desde sua concepção na construção de um Estado que pensa e trabalha com preocupação constante com as matérias sociais, e que considera todos os indivíduos não apenas na forma isolada, mas também em seu coletivo.

Referido modelo não apenas cobra dos poderes maior atenção ao cumprimento das previsões consignadas na carta constitucional, mas conclama, sobretudo do Judiciário, engajamento neste processo de efetivação de direitos e garantias, de modo que este passasse a considerar em suas decisões direitos omitidos pelos demais poderes, preocupados muitas vezes com temas outros que não os perseguidos pela crítica, valendo de uma hermenêutica ampliativa e que considera outros fatores além da letra fria da Lei.

Movimento crítico que se atualiza e em sua nova roupagem se apresenta na forma de ativismo judicial, que muito embora tenha sido por vezes, assim como muitas outras regras também o foram, “utilizadas para o mal”, no sentido de retirar

direitos igualmente assegurados na Constituição, o que é veementemente reprovável, certamente trouxe incontáveis contribuições ao reconhecimento de direitos e garantias.

Nestes termos, de suma importância considerar que o ativismo judicial inclusivo, ou seja, aquele que reconhece direitos negligenciados pelos demais poderes é louvável e encontra validade em suas decisões, conforme demonstra a doutrina. Perceba-se neste sentido, aliás, a importância da própria zetética e do processo hermenêutico, vez que estas ferramentas possibilitam ao magistrado interpretar a Constituição, os textos normativos e princípios constitucionais de forma ampliativa, de modo a retirar dos mesmos a fundamentação necessária para entregar a prestação jurisdicional perseguida pelo cidadão, e que provoca o Judiciário como ultima possibilidade de ver cumprida uma previsão.

De fato, a pesquisa demonstrará ao longo do texto que o sistema hermeticamente “congelado” não é capaz de prever soluções para todas as demandas que lhe são submetidas, sobretudo quando considerada a evolução da sociedade e as novas demandas não menos importantes que surgem, movendo o Judiciário a extrair da abstração constitucional as garantias perseguidas.

Perceba-se neste sentido que muitas dessas demandas envolvem garantias constitucionalmente previstas, o que enseja uma hermenêutica ampliada como única forma de assegurar o respeito as regras dispostas na lei maior. Assim, a decisão reconhecidamente ampliada, mas com o objetivo único de assegurar garantias constitucionais, e jamais excluí-las, deve ser considerada pelo judiciário sempre que provocado for, notadamente em casos onde, repisa-se, houver inércia ou negligência dos demais poderes, ou mesmo omissão premeditada a fim de evitar desgastes puramente políticos.

Aliás, é justamente da inação dos demais poderes que nascem questões exponencialmente sérias, vez que atingem a coletividade, remontando problemas crônicos, estruturais e exigindo igualmente soluções estruturantes. Contexto que faz surgir o ativismo judicial dialógico, assim entendido como evolução do movimento crítico que surge para atender demandas ainda maiores, vez que trata de questões coletivas e de grande repercussão.

Neste novo modelo de ativismo o Judiciário, uma vez provocado, conclama aos demais, Legislativo, Executivo e Sociedade ao diálogo, de modo a construir juntos as soluções estruturantes que são necessárias a efetivação de direitos e

garantias inerentes a esta coletividade. Por fim cumpre ressaltar que também este modelo acumula críticas, tal qual acontece nas fases anteriores do movimento, oportunizando questionamentos acerca de sua validade e efetividade, o que será devidamente tratado nesta dissertação.

Esboçada a temática que permeará a pesquisa desenvolvida, cumpre ressaltar que os capítulos desta dissertação estão assim dispostos: 1) Da consolidação dos direitos e garantias e a mudança paradigmática imposta ao judiciário; 2) O ativismo judicial como atualização da crítica; 3) Ativismo judicial dialógico: a crítica renovada

Certamente este conteúdo remonta apenas os capítulos que serão minuciosamente distribuídos em tópicos encadeados lógica e cronologicamente, os quais demonstrarão o processo de consolidação de direitos e garantias iniciado no pós- Segunda Guerra Mundial, assim como o nascimento da teoria crítica do direito e o seu papel no processo de efetivação das referidas garantias. Isto é, demonstrar como o movimento crítico moveu o judiciário no sentido de laborar em conjunto com os demais poderes na efetivação dos direitos, utilizando, sobretudo, a hermenêutica como ferramenta principal para encontrar os fundamentos necessários.

1 DA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA IMPOSTA AO JUDICIÁRIO

1.1 DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO PÓS-GUERRA

Noticia a história recente que a consolidação dos direitos fundamentais deu-se de forma árdua e contínua, evidenciando um processo que reverteu o entendimento e aplicação acerca das constituições existentes, fazendo com que estas, até então meramente figurativas, passassem efetivamente a reconhecer e implementar os direitos inerentes a dignidade da pessoa humana.

Nada obstante a existência dos documentos constitucionais em período anterior a Segunda Guerra Mundial, é somente após o término do conflito armado que tem início o fenômeno reconhecido como Revolução Constitucional.

Processo este que, aliás, tem-se mantido fiel ao seu propósito inicial, haja vista que mantém efetiva o seu desígnio de reconhecimento de direitos e garantias, sobretudo, porque vêm incorporando aqueles reconhecidos pelas várias gerações de direitos surgidos a posteriori, cada uma delas responsável igualmente por uma vasta gama de direitos e garantias. Tem-se assim, cristalizada, a existência do segundo modelo de estado de direito.

Não é outro o entendimento apresentado por Ferrajoli ao vislumbrar entendimento acerca da existência de dois modelos de estado de direito presentes no estado moderno. Nestes termos, o primeiro deles remonta e se destaca em razão do reconhecimento de uma única fonte de direito que é a formal. Assim, o estado de direito que reconhece apenas este modelo como válido, enxergando tão somente o princípio da legalidade, consagra, por consequência, o entendimento juspositivista, que enaltece e fortalece por assim dizer ainda mais o monopólio que já é do Estado do Estado quanto a produção de regras normativas (FERRAJOLI, 2001, p. 31).

Nestes termos ressalta:

A expressão "estado de direito" geralmente significa duas coisas diferentes de uso comum que devem ser rigorosamente distinguidas. Em um sentido amplo, fraco ou formal, "estado de direito" designa qualquer sistema jurídico no qual os poderes públicos são conferidos por lei e exercidos nas formas e com os procedimentos legalmente estabelecidos. Nesse sentido, correspondendo ao uso alemão do termo Rechtsstaat, todos os sistemas jurídicos modernos são estados de direito, mesmo os mais antiliberais, nos

quais os poderes públicos têm uma fonte e uma forma jurídica (FERRAJOLI, 2001, p. 31, tradução livre).¹

Note-se por outro lado que o segundo modelo noticiado por Ferrajoli evidencia obediência pelo Estado quanto aos princípios e direitos fundamentais previstos no referido texto Constitucional, ao passo em que prega igualmente a divisão de poderes e obediência a regra máxima pelos mesmos. Neste sentido, ressalta:

Em um segundo sentido forte ou substancial, "estado de direito" designa, por outro lado, apenas aqueles sistemas em que os poderes públicos também estão sujeitos à lei (e, portanto, limitados ou vinculados a ela), não apenas em relação às formas, mas também aos conteúdos. Nesse sentido mais restrito, que é o predominante no uso italiano, estados de direito são aqueles sistemas jurídicos em que todos os poderes, inclusive o legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos por normas constitucionais, como a divisão de poderes e direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2001, p. 31, tradução livre).²

Assim, o modelo posterior é reconhecido como estado constitucional de direito e seu fortalecimento deu-se em razão da ampla difusão que este alcançou, sobretudo na Europa, notadamente após o fim da Segunda Guerra Mundial, bem como o relevante fato de que trazia em seu bojo como característica primordial o modelo rígido de Constituição e de controle de constitucionalidade, que passaria a orientar o conteúdo inserido nas leis ordinárias (FERRAJOLI, 2001, p. 31, tradução livre).

Mudança contundente implementada na Europa que materializa o fenômeno da Revolução Constitucional, assim concebido por Cappelletti, e que passa a contemplar direitos e garantias não apenas como um simples rol de sugestões, mas como direito legalmente previsto e imposto por meio de força normativa, que conta com a estrutura judiciária para ver cumprida as disposições constitucionais (BARBOZA, 2014, p. 85).

¹Con la expresión «estado de derecho» se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, «estado de derecho» designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son *conferidos* por la ley y ejercitados en *las formas* y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal.

²En un segundo sentido, fuerte o sustancial, «estado de derecho» designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.

Neste sentido, Barroso igualmente vislumbra esta mudança de paradigma, lembrando que o processo de reconhecimento de norma jurídica às disposições previstas nos textos constitucionais, até então efetivamente reconhecidos como documentos políticos, assim como o papel coadjuvante do judiciário na implementação de direitos.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição (BARROSO, 2005, p. 5).

De forma geral, certo é que as novas constituições passaram a incorporar direitos fundamentais, e um detalhe importante diz respeito ao fato que muito embora as mesmas existissem mesmo antes da Segunda Guerra Mundial, as primeiras eram efetivamente reconhecidas em razão de seu caráter puramente declaratório. Com efeito, o atual modelo constitucional passa a evidenciar proteção muito clara e direta acerca dos direitos humanos, ao passo em que simultaneamente atua como verdadeiro limitador dos poderes Legislativo e Executivo, ou seja, atua como verdadeiro instrumento de controle de constitucionalidade (BARBOZA, 2014, p. 85). Trata-se, portanto, da denominada Revolução Constitucional.

Acerca do fenômeno da Revolução Constitucional e do papel do judiciário, assevera Cappelletti que “A Revolução Constitucional - e eu realmente entendo o que estas palavras significam - somente ocorreu na Europa com o doloroso entendimento de que a Constituição e os direitos fundamentais constitucionais necessitam de uma máquina judiciária para se tornarem efetivos” (CAPPELLETTI, 2001, p. 261).

Nesta toada, ressalta ainda que:

Os Estados Unidos certamente concorreram com um influente precedente. Mas a mais marcante lição veio da experiência doméstica, da experiência de tirania e de opressão por um poder político sem freios, por uma máquina ao mesmo tempo acessível às vítimas do abuso governamental e capaz de restringir tal abuso. A lição foi eventualmente apreendida. Cortes constitucionais foram criadas, e processos constitucionais esboçados para fazê-las funcionar. Menciono apenas um desses processos, porque parece ser o mais indicativo de uma filosofia permeando essa Revolução Constitucional de direitos civis. Na Alemanha, em 1951, a legislação ordinária concedeu a qualquer cidadão o direito de demandar perante a

recém criada Corte Constitucional, contra qualquer ato do Estado, legislativo, administrativo ou judicial, que violasse direitos constitucionalmente protegidos. (CAPPELLETTI, 2001, p. 261).

Necessário enfatizar alguns pontos listados nos apontamentos feitos por Cappelletti. O primeiro deles repousa na importância e reconhecimento dado aos temas constitucionais e a seu fortalecimento, que passa a consignar nos referidos textos direitos efetivos, inclusive com *status* de direito assegurado por força normativa e não apenas meras recomendações, conforme tratamos a pouco. Dado segundo momento, este ressalta a necessidade de criação de uma estrutura judiciária condizente e preparada para que se possa promover a efetivação dos direitos e garantias assegurados no respectivo texto constitucional.

Especificamente acerca dos Estados Unidos, tem-se que o referido texto não sofreu as alterações contabilizadas nos demais países, conforme aponta Barroso ao concluir que:

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana - a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O Federalista* e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea (BARROSO, 2005, p. 14).

Em conclusão, tem-se que independente do modelo acolhido, ou seja, de incorporação de novas previsões dentro do texto constitucional que reconheçam direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, ou mesmo de uma hermenêutica sintonizada com este entendimento, ainda que o texto maior não as contemple diretamente, resta patente o entendimento de movimentação no sentido de acompanhar a evolução experimentada pela sociedade, e que conclama maior atenção no sentido de proteção aos direitos conquistados e reconhecimento de outros que surjam com a evolução da sociedade.

Proteção que em hipótese alguma pode ser estática, mas justamente ao contrário deste entendimento, vez que deve acompanhar as mudanças e a evolução social, sobretudo em razão da globalização. Em verdade, Miguel Reale já afirmava à época que “as diferentes partes do Direito não se situam uma ao lado da outra,

como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação que dia a dia se renova” (REALE, 2002, p. 6).

Sarlet igualmente percebe este movimento social e ressalta que na doutrina constitucionalista o conjunto de direitos humanos remonta historicamente o desenvolvimento e o reconhecimento dos direitos sociais, ou seja, as gerações de direitos, cada uma delas condizente com o momento histórico em que foram desenvolvidas. Não menos importante, mas ao contrário, ainda a constatação positiva de que inexistente o caráter de substituição as categorias anteriormente conquistadas. Ao contrário, soma-se as demais, ampliando seu alcance protetivo. (SARLET, 2015, p. 459-488).

Assim, cumpre reconhecer a importância do processo de constitucionalização, que reconhecendo os direitos mais inatos ao homem, serviu como efetivo *fiat lux* das garantias mais elementares ao homem.

Por derradeiro, conforme bem ressaltou Sarlet em linhas anteriores, trata-se de uma sociedade em constante evolução e que a cada ciclo reconhece, incorpora, amplia e busca o reconhecimento e consolidação de novos direitos que surgem diuturnamente, tal qual aconteceu com as várias gerações de direito reconhecidas até hoje, as quais serão oportunamente tratadas nas linhas que seguem, quando abordaremos um pormenor acerca Estado de Bem-Estar Social e das gerações de direitos.

1.2 DO *WELFARE STATE* E DAS GERAÇÕES DE DIREITOS

De suma importância tratarmos um pormenor acerca do *Welfare State* e das gerações de direito até aqui contabilizadas, haja vista a importância que a temática denota. Em verdade, tais acontecimentos remontam o processo de construção e consolidação dos direitos até então reconhecidos.

Tem-se como Estado de Bem-Estar Social o cenário onde o Estado assume dentro da sociedade o papel de provedor, ou seja, de fornecer serviços reconhecidos como públicos, tais como saúde, educação, habitação, seguridade social, entre outros não menos importantes, os quais passam a ser reconhecidos como direitos sociais. Assim, referidos direitos passam a ser promovidos pelo Estado, mas não apenas isso, o Estado é também instado a reconhecê-los como

direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos, de modo igualitário e pleno (LUCAS, 2012, p. 94)

De concreto, o Estado de Bem-Estar Social surge após o encerramento do segundo conflito mundial, consoante ensina Lucas ao asseverar que “o Estado de Bem-Estar se originou após a Segunda Guerra Mundial, quando alguns países, em especial a Grã-Bretanha, passaram a assegurar alguns direitos sociais aos seus cidadãos devido às conseqüências sociais do fenômeno do industrialismo” (LUCAS, 2012, p. 93)³.

Trata-se, portanto, de uma exponencial e perceptível ampliação protetiva de direitos individuais, cujas dimensões incorporadas uma a uma ao ordenamento, remontam o histórico construído ao longo de cinco gerações de direitos, consoante se extrai da doutrina.

Quanto a primeira dimensão de direitos, esta reconhece o individualismo presente no homem, ou seja, reconhece este como sendo sujeito portador de direitos individuais, e demarcando com isso sua autonomia individual frente ao poder público, enquanto a segunda geração, por sua vez, reconhece o trabalho do homem na sociedade e este como um ser social, fazendo jus aos direitos sociais, econômicos e culturais, ampliando ainda mais o sentido do *Welfare State* (COELHO, 2011, p. 182-183).

Acerca da primeira geração de direitos, Cavalcante Filho, por sua vez, entende que esta se caracteriza pela imposição ao Estado do dever de respeito aos direitos individuais, a saber, aqueles direitos relacionados a pessoa individualmente considerada. Significa dizer que efetivamente um novo padrão de comportamento passa a ser exigido do Estado, impondo ao mesmo uma obrigação de não fazer, esta consubstanciada na impossibilidade de promover qualquer ofensa aos referidos direitos (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 12).

Com efeito, ao contrário da primeira geração onde se tem muito clara uma obrigação de não fazer pelo Estado, no que diz respeito aos direitos de segunda

³ “É preciso que façamos aqui um pequeno parêntese para lembrarmos que, embora o Estado de do Bem-Estar Social seja um fenômeno político circunscrito historicamente à primeira metade do século XX, encontraremos em períodos históricos anteriores a atuação de Estados voltada ao assistencialismo, sobretudo no século XVIII, como é o caso de Estados europeus da Áustria, Prússia, Rússia, Espanha e a própria Inglaterra. Estes Estados já possuíam uma espécie de tradição em assistir aos mais desfavorecidos e implementar políticas de cunho social. Porém, naquele período essas ações não eram caracterizadas como direitos, e eram utilizadas pelos governantes para garantir a submissão dos súditos, que as recebiam como dádivas, porque, por outro lado, tinham seus direitos civis e políticos suprimidos” (LUCAS, 2012, p.94-95).

geração existe uma imposição igualmente clara, mas em sentido contrário, impondo ao Estado a obrigação correspondente ao dever de fazer, forçando-o a entregar aos grupos sociais efetivamente desprovidos de condições mínimas, direitos básicos que começaram a ser conquistados a partir da revolução industrial, tais como educação, saúde e segurança pública, de modo a reduzir as desigualdades (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 12).

Por sua vez, a terceira dimensão é reconhecida pela constitucionalização dos direitos da cidadania, tendo o homem como ser humano e cidadão, onde a base ética é formada por solidariedade, fraternidade e caridade. Referidos direitos são reconhecidos pela titularidade coletiva ou difusa, e enseja a necessidade de observância quanto a existência de um meio ambiente que lhe proporcione vida digna efetiva. Em verdade, nasce daí a preocupação com os direitos ambientais e a sua preservação, além da oportuna inclusão de novos valores como a paz e a autodeterminação dos povos, qualidade de vida, comunicação e preservação do patrimônio histórico e cultural (COELHO, 2011, p. 182-183).

Ressalte-se ainda que a doutrina reconhece aos direitos previstos na terceira geração a característica de transindividuais, o que significa dizer que estes pertencem a todos os cidadãos, mas ao mesmo tempo não podem ser reconhecidos individualmente como sendo de qualquer um destes. Exemplos claros e igualmente relevantes desta geração seriam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito a paz e o direito de desenvolvimento (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 12).

Dada a importância relativa ao tema, Bobbio por sua vez ressalta igualmente a questões que remontam o tema meio ambiente, afirmando que:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído (BOBBIO, 2004, p. 9).

Perceba-se que muito embora vislumbre certa opacidade em relação ao que realmente está inserido no bojo dos direitos de terceira geração, não pairam dúvidas para Bobbio acerca da importância do ambiente não poluído, direito de todos. Em verdade, ele próprio vislumbra novas demandas em meio a sociedade e que estas

devem ser tratadas como direitos de quarta geração, haja vista os temas que remontam as discussões, e que em nada se assemelham as temáticas desenvolvidas nas gerações anteriormente reconhecidas.

Neste sentido, Bobbio assevera que “já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo (2004, p. 9).

De concreto, muito claro que mais uma vez o Direito Constitucional vê-se provocado a promover novas ampliações, vez que o homem é atualmente detentor de direitos virtuais e bioéticos, cujas temáticas não menos importantes acabaram por ampliar exponencialmente as discussões inicialmente limitadas no campo jurídico, mas que agora alcançam uma esfera global, acabando por serem reconhecidas como direitos inerentes a quarta e quinta gerações de direitos humanos (COELHO, 2011, p. 183).

De qualquer modo, cumpre ressaltar que não existe consenso pelos doutrinadores acerca dos direitos reconhecidos como quarta geração, vez que para outros estes remontam aqueles relacionados a engenharia genética, enquanto outros se referem a luta pela participação do processo democrático (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 12).

Acerca dos direitos sociais do homem, Bobbio ressalta ainda e de forma muito clara a construção histórica que remonta os referidos direitos, lembrando que os mesmos foram construídos paulatinamente, e que por mais fundamentais que possam ser em sua essência, ainda assim remontam necessidades históricas e conquistas galgadas por lutas diuturnas em defesa de liberdades contra poderes igualmente antigos. Razões pelas quais as conquistas acontecem de modo gradual, ou seja, não são conquistados de uma só vez (2004, p. 9).

Em conclusão, sintetiza que as primeiras gerações de direito correspondem aos direitos de liberdade, ou seja, o dever de não agir imposto ao Estado, enquanto ao segundo, ou seja, os direitos sociais, exigem uma ação positiva do Estado, que vê-se obrigado a entregá-los aos cidadãos. Por fim, ressalta que muito embora exista disposição cronológica acerca dos direitos, é possível que existam nos direitos de terceira e quarta geração direitos de outra espécie (BOBBIO, 2004, p. 9).

Finalizando o tópico em apreço, tem-se clara a importância do Estado de Bem-Estar social como reconhecimento pelo Estado quanto a necessidade de

intervenção junto a sociedade no sentido de assegurar condições mínimas aos cidadãos, notadamente em pontos nevrálgicos como a saúde, educação, habitação, seguridade social, entre outros não menos importantes.

O mesmo se diga em relação as várias dimensões de direito reconhecidas e incorporadas ao ordenamento jurídico, remontando um histórico de luta diuturnamente imposta como condição de equalizar disparidades entre o cidadão e o Estado, ou mesmo entre as camadas existentes na sociedade, ou ainda, como forma de assegurar direitos transindividuais, de modo que a coletividade não saia prejudicada.

Em conclusão, o reconhecimento de tais direitos não significa efetivamente que os mesmos estejam assegurados, ou mesmo que as garantias serão religiosamente observadas pelo Estado, mormente porque este é formado por três poderes, os quais acabam não raro divergindo sobre incontáveis temas, suscitando argumentos vários a favor e contra aos interesses da sociedade.

De qualquer modo, cumpre ao Estado a observância inequívoca quanto as previsões constitucionais, de modo que não o fazendo, incorre na possibilidade de ser acionado judicialmente para fins de fazer cumprir as disposições previstas em Lei e que ele próprio se propôs a cumprir, o que acontece em razão da mudança paradigmática reconhecida e imposta ao Judiciário, conforme trataremos de forma pormenorizada no tópico seguinte.

1.3 DA MUDANÇA PARADIGMÁTICA IMPOSTA AO JUDICIÁRIO E O NASCIMENTO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Não pairam dúvidas quanto a importância do processo reconhecido como Revolução Constitucional, do estado *Welfare State*, ou mesmo as várias gerações de direito, todas contribuindo em algum momento com a gama de direitos e garantias atualmente contabilizadas, assim como também é correto afirmar que a efetividade dos mesmos encontra resistências de toda sorte.

Quadro que se agrava na medida em que a sociedade em vertiginosa evolução, inclui novos anseios e objetivos, motivando, por conseqüência, contundentes críticas direcionadas ao Estado no sentido de cobrar último deste um compromisso maior quanto à implementação das previsões anotadas no texto constitucional.

Ferraz Júnior ao tratar do advento do Estado do Bem-Estar Social ressalta que este cenário acabou por reverter partes importantes dos postulados mais elementares no estado de direito, os quais tinham imposto e mantido a dicotomia entre Estado e sociedade (1994, p. 12-21)

Entretanto, é fato que a liberdade positiva restaurada possibilitou igualmente o acesso a cidadania plena, onde se passa a cobrar com mais vigor o executivo e o legislativo quanto a realização da cidadania social, passando a ser uma exigência de implementação. Por conseqüência também o Judiciário tem suas atribuições alteradas, passando a analisar também as medidas tomadas e a concretização dos resultados perseguidos pelo legislativo. (FERRAZ JR, 1994, p. 12-21)

Mudança de postura imposta ao Judiciário e que, inicialmente, sobretudo em razão da divisão clássica de poderes, eram impostas apenas ao executivo e legislativo, conforme ressalta Ferraz Júnior ao esclarecer que:

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como conseqüência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, libertando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed Lex*). (FERRAZ JR, 1994, p. 12-21)

Justamente o que restou apontado em linhas anteriores, ou seja, o processo de desneutralização do Judiciário que é convocado para juntamente com os demais poderes laborar na solução de demandas, inclusive de forma prospectiva na busca de soluções, ou seja, considerando a evolução futura das sociedades. E mais:

Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto, por meio da equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais, a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial. (FERRAZ JR, 1994, p. 12-21)

Perceba-se com isso que o Judiciário é efetivamente elevado a condição de responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes,

estando todos imbuídos desta responsabilidade de efetivar os direitos sociais dispostos no texto constitucional, que por consequência acabam contemplando igualmente direitos e garantias individuais.

De fato, simples leitura a partir do texto Constitucional Brasileiro de 1988 evidencia de modo cristalino este caráter generoso de direitos e garantias contemplados. Para Sarlet:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 incluiu um elenco generoso (na ocasião, possivelmente, sem precedentes e paralelos no constitucionalismo contemporâneo) de direitos sociais e direitos dos trabalhadores no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, além de um conjunto de princípios e regras versando sobre matéria econômica, social, ambiental e cultural nos títulos da ordem constitucional econômica e social (SARLET, 2015, p. 459-488).

Modelo que exige notável empenho dos poderes, de modo que uma vez descumpridas as previsões consignadas no referido texto, acabam por motivar a criação de um movimento reconhecido como teoria crítica do direito.

Referido movimento crítico tem como essência demonstrar que “o saber produzido pelo iluminismo não conduziria à emancipação e sim à técnica e ciência moderna que mantêm seu bojo uma relação ditatorial (...). A razão que hoje se manifesta na ciência e na técnica é uma razão instrumental, repressiva”. (FREITAG, 1994, p. 35)

Segundo Coelho, é neste quadro que remonta a eterna crise do Direito que se vislumbra um novo modelo que permite melhorar os pensamentos acerca das verdadeiras funções do Direito. Em verdade, é a partir da conquista da dignidade humana que a humanização do Direito acontece, no qual se destaca a revalorização dos direitos considerados naturais após a Segunda Guerra Mundial, e que impõe nova conduta das instituições, que abandonam a falta de sincronia para atuar juntas nos mesmos interesses, enxergando o Direito de modo ontológico, ou seja, em sua essência e suas reais pretensões, assim como a axiologia que revolve o Direito, vez que está a se tratar verdadeiramente de valores, especialmente os morais (COELHO, 2019, p. 321).

Mesmo porque, a análise científica dos temas tidos como básicos da filosófica do Direito concluem no sentido de existência de duas direções tradicionais que a remontam, a saber, sistema filosófico ou como teoria geral, converge no entendimento de que o existe uma universalidade dos direitos. Assim, coube a

jusfilosofia identificar as condições que servem de fundamento para o mundo jurídico, tornando-o possível conforme almejado (COELHO, 2019, p. 321).

Nesta toada, necessário invocar as principais vertentes que remontam o pensamento crítico, assim elencadas por Coelho em sua obra Teoria Crítica do Direito. São elas: epistemológica, semiológica, sociológica e psicanálise.

Quanto a primeira, esta demonstra sua importância em razão da contemporaneidade e auxílio para a construção do modelo crítico, vez que permite a mudança paradigmática sem que para isso perca de vista o necessário rigor teórico científico voltado sobre a matéria social, permitindo inclusive remontar em sua teoria o conhecimento alcançado a partir das relações sociais, e que permite auferir o nível de conscientização alcançada. Assim, a teoria crítica busca mais do que um modelo científico, busca assumir a consciência do papel transformador do cientista, entendendo que muito mais importante do que o padrão metodológico reconhecido, seria o projeto político e mais importante que a descrição do projeto seria a sua efetiva realização (COELHO, 1991, p. 67-68).

Demais disso, importa consignar que a epistemologia é reconhecida como vertente do pensamento crítico dividido em momentos assim apresentados:

a) A epistemologia vem a ser vertente do pensamento crítico em dois momentos: a) num primeiro, pelo questionamento da pretensão de verdade do paradigma neo-positivista quando se verificou que, se a verdade pode ser definida com a correspondência com os fatos, também os fatos podem ser definidos como a correspondência com a verdade; e b) quando se constatou que o critério da objetividade apenas elidia o significado, dimanado da produção social, que não pudesse reduzir-se a uma objetividade empírica ou analítica, mas que não tinha o condão de a destruir como verdade e, portanto, digna de estatuto da cientificidade (COELHO, 1991, p. 70).

Aqui surge um problema quanto ao social como objeto de conhecimento, vez que este não é passível de ser pura e simplesmente criado de forma abstrata, sobretudo em razão do fato de carregar alguns de seus próprios ideais, os quais determinam o seu significado. Ideais que são mesclados com fatos econômicos, tais como a moeda, valor capital, mercadoria, salário, entre outros, enquanto o Direito oferece com ideais a lei, norma, ordem e segurança (COELHO, 1991, p. 70).

Assim, a interação do social ganha espaço e se afirma com a noção do que é cultura e do que é objeto cultural, de modo a ser reconhecida como objeto criado pelo homem, fruto de um processo onde a experiência racional e os valores que

almeja se transformam em algo possível. Nasce daí a idéia que o ideológico integra o social, servindo como uma estrutura de suma importância ao processo (COELHO, 1991, p. 70-71).

Outro problema ainda surgiria em razão da incomunicabilidade entre as ciências naturais e as ciências culturais, “haja vista que o paradigma da compreensão não se adequava aos objetos ideais e naturais e, por outro lado, devido à redução do social ao ideológico”. No entanto, as discussões que envolvem a superação deste obstáculo é que acabam por desenvolver novas formas de saber mais próximas da verdade, mais próximas, inclusive, da realidade do homem e da própria sociedade, culminando naquilo que seria nomeado pela doutrina como pensamento crítico (COELHO, 1991, p. 71).

Por certo que houve exponencial contribuição da comunidade científica, haja vista que a aceitação de uma “verdade” é apenas provisória e perdura enquanto existe aceitação nestes termos, assim desmistificando o que era até então reconhecido como verdade absoluta. Trata-se, portanto, do princípio da verificação (COELHO, 1991, p. 71).

Popper, aliás, assevera de forma muito clara a necessidade de se aferir ou não as premissas tidas como verdadeira. Anota:

Qualquer que possa ser nossa resposta final à questão de base empírica, um ponto deve ser deixado claro: se concordarmos com a nossa exigência de que enunciados científicos devem ser objetivos, então os enunciados que se refiram à base empírica Da ciência deverão também ser objetivos, isto é, suscetíveis de teste intersubjetivo. A possibilidade de teste intersubjetivo implica em que outros enunciados suscetíveis de teste possam ser deduzidos dos enunciados que devam ser submetidos a teste. Assim, se os enunciados básicos dever ser, por sua vez, suscetíveis de teste intersubjetivo, não podem existir enunciados definitivos em ciência – não pode haver em Ciência, enunciado insuscetível de teste e, conseqüentemente, enunciado que não admita, em princípio, refutação pelo falseamento de algumas das conclusões que dele possam ser deduzidas (POPPER, 2013, p. 43-44).

Segunda vertente apontada diz respeito a sociologia e tem como referencial o teor produzido por duas escolas, sendo a primeira delas a denominada Direito Livre encabeçada por Ehrlich, enquanto de outra banda figura a sociologia de Max Weber, cumprindo ressaltar que este último se amolda com maior precisão ao modelo crítico inaugurado, haja vista as possibilidades que este modelo consegue vislumbrar acerca de uma reconstrução prospectiva da realidade, ou seja, a sua capacidade de traçar a evolução futura de uma sociedade. Com efeito, os resultados alcançados

por Weber a partir de conteúdo assentado em história traçaram uma linha muito tênue com a práxis, de modo que a sociologia reconhecida pela compreensão agora configura uma sociologia política, passando a lidar com temas relacionados ao poder, tais como lei, capitalismo, democracia, sociedade, burocracia (COELHO, 1991, p. 75).

Outro ponto que chama atenção acerca da temática é a questão da legitimidade, notadamente porque esta é considerada como sendo o núcleo da crítica, e é sua a responsabilidade determinar quais tipos de dominação são ideais e legítimos. Conforme anota Coelho, estes tipos são considerados por Weber como base da sociologia antropológica e política contemporânea, sendo que um deles, o legal, figura como ferramenta que reaproxima as ciências política e jurídica, ao passo que ambas viabilizam a aproximação com a sociologia. É que para ele, ou seja, Weber, o Estado seria nada mais do que uma mera manifestação histórica da política, enquanto aquela que representa a “racionalização da civilização moderna, manifesta como um racional de leis” (COELHO, 1991, p. 75).

No entanto, a racionalização do Direito resultaria na necessidade de se aperfeiçoar os poderes legislativo e judiciário, de modo a alterar suas funções e incumbências, basicamente limitada em exercer o seu poder de polícia para manter a ordem e zelar pela proteção dos indivíduos. Por certo, a existência do Estado é dependente da obediência prestada pelo cidadão e um mínimo de consenso, como forma de legitimar os atos daqueles que detém o poder, o que acaba por configurar igualmente certo grau de reciprocidade. Certo é que esta legitimidade enseja a adesão pela comunidade, levando a utilização pela autoridade de certos mecanismos de dominação (COELHO, 1991, p. 76).

Referidos mecanismos remontam três modelos, sendo que o primeiro deles corresponde ao modelo tradicional e como o próprio nome permite concluir, trata-se de um modelo que considera a legitimidade conferida em razão dos costumes, ou seja, existe uma legitimidade conferida transmitida de acordo com uma tradição e que não é questionada. Por sua vez, a dominação carismática considera justamente esta qualidade reconhecida em um líder, a qual lhe confere o papel de representante dos anseios da sociedade. Chama atenção o fato que esta dominação, em regra, considera os atributos do líder, tais como a santidade ou heroísmo do mesmo, e tem início no modelo tradicional, migrando para uma atuação semelhante ao líder revolucionário para depois implementar efetivamente o modelo carismático, que se

sustenta basicamente em razão da carga emocional que carrega. Mas existe ainda outro tipo de dominação reconhecida como legal, reconhecidamente de caráter racional e que desponta em substituição a figura do líder individual para assegurar uma autoridade conferida pelo estatuto, e é neste momento que a sociologia crítica se concentra efetivamente, vez que as estruturas de relações é muito competente em ocultar as reais pretensões e o exercício do poder por parte daqueles que os detém, sendo o objeto da teoria crítica justamente trazer a luz este mecanismo de manipulação (COELHO, 1991, p. 76-77).

Quanto a terceira vertente denominada semiológica, esta consiste no modelo de comunicação presente dentro da sociedade, sendo este o responsável pela manifestação que é apreendida pelo outro membro, e justamente por esta razão se mostra grande aliada do pensamento crítico. Com efeito, denota-se uma cristalina concessão de espaço destinado a comunicação social, vez que a filosofia contemporânea é contundente no sentido de enaltecer o viés comunicativo da existência humana, concedendo um considerável espaço de promoção a linguagem e a comunicação, o que rendeu verdadeira revolução na lingüística (WARAT, 1984, p. 23, *apud* COELHO, 1991, p. 78).

Com efeito, a semiologia enaltece os comportamentos humanos em razão de sua significação, dos reflexos que produz e de sua operacionalidade, sobretudo porque esta tem origem na própria conduta humana. Ainda, que as coisas não possuem um significado, mas que este é formado a partir do sistema de comunicação presente na sociedade, o que leva a conclusão que todo significado é necessariamente ideológico, de modo que a sintaxe e a semântica não podem ser considerados de forma isolada. Ao contrário, detém carga objetiva que deve ser observada atentamente (FERRAZ JR, 193, p. 23, *apud* COELHO, 1991, p. 79).

Assim, “o significado passa, portanto, a constituir meio de acesso à práxis, desde que se deixe de encará-lo em sua pureza e isolamento semânticos, mas se o considere em seus efeitos na comunidade onde são empregados os respectivos signos” (COELHO, 1991, p. 79). Demais disso, insta ressaltar que:

Todo signo envolve um significante e um significado, o qual compreende uma designação, uma conotação e uma denominação. A designação é o conjunto de requisitos que a denotação deve preencher, de sorte que esta corresponde ao conjunto de objetos que satisfazem aquelas condições designativas, as quais se articulam com o aspecto ideológico que colocamos na definição de um objeto; esse aspecto é precisamente a conotação (COELHO, 1991, p. 79).

Assim, evidente a importância de que são incumbidos os signos, responsáveis por enaltecer as discussões que remontam os aspectos ideológicos, ou seja, a certeza de estar buscando aquilo que evidencia um desejo coletivo, assentado no cumprimento de anseios sociais perseguidos ou reconhecidos, mas descumpridos pelo Estado, apesar do dever de entregá-los.

Outra vertente não menos importante é a psicanalítica, vez que esta desempenha papel importante no que diz respeito a formação do pensamento relativo a práxis social, ou seja, um pensamento voltado para as relações que permeiam a sociedade. Neste sentido, importante ressaltar que três momentos singulares que fizeram da psicanálise um dos fundamentos da teoria crítica. Assim, o primeiro deles seria a explicação dos fenômenos culturais trabalhada por Freud, a segunda a relativização das explicações físicas das neuroses, em outras palavras, um processo de simplificação e compreensão da perturbação. A terceira e última é o momento em que a psicanálise se une com epistemologia, o que lhe confere o status de uma psicanálise integral (COELHO, 1991, p. 82).

Assim, alguns enfrentamentos que a crítica precisa resolver encontra guarida na psicanálise, mais precisamente nas explicações que Freud compilou a partir dos estudos elaborados por ele próprio acerca da ideologia. A rigor, ambas estão assentadas na identificação entre os indivíduos, o que denota efetivamente uma das várias formas de defesa que o inconsciente possui, revelando a adoção, ou melhor, a introjeção inconsciente de um acontecimento relativo a uma pessoa ou de uma instituição. Melhor dizendo, acontecimentos provenientes de outras pessoas ou grupo social distinto, levando a uma identificação que pode acontecer para com a pessoa do chefe, do partido, com as idéias, regimes, entre outros (COELHO, 1991, p. 82-83).

Esta condição onde existe identificação, isto é, esta admiração ao censor revolve uma condição de expiação, vez que a origem dos homens é marcada pelo convívio entre hordas, as quais eram dominadas por homens violentos, senhores de tudo e de todos, inclusive da própria vida e morte dos próprios filhos, os quais eram vistos pelos pais como rivais em potencial. É neste contexto que os filhos se rebelam e tolhem a vida de seu pai, devorando-o em seguida. No entanto, arrependidos, interiorizam a culpa o remorso e renunciam as mulheres. A nova regra que surge, isto é, a obediência a lei, é o que figura na verdade como uma forma de expiação do

complexo de culpa e de reconciliação (LÉGENBRE, 1974, *apud* COELHO, 1991, p. 82-83).

A segunda explicação que remonta esta identificação em relação ao censor é colhida a partir do complexo de Édipo, onde:

A coesão sacral é explicada pela oposição ao pai, seu “rival feliz”, renúncia ao instinto de vingança e morte e substituição pelo amor da mãe”. Tal identificação é justificada pela necessidade infantil de autoridade, transposta a nível social pela necessidade do chefe, da nação, do Estado e do direito. Assim, do mesmo modo que a criança renuncia à agressividade porque deseja o amor do pai, o cidadão se submete às leis, porque se identifica com seus concidadãos no amor a um objeto comum, o chefe da nação, ou o Estado (ORWEL, 1984, *apud* COELHO, 1991, p. 83).

A análise de Freud é feita sob o prisma individual, deixando intencionalmente de lado o meio social, haja vista que o superego é o destinatário para todas as compensações e pressão social, remontando a verdadeira marcha da evolução humana, vez que interioriza estas coações, sobretudo a coação das normas morais, religiosas e jurídicas. Assim, uma vez interiorizada a coação, cumpri-se o processo básico de formação moral e social do indivíduo. Por conseqüência, o homem migra seu papel onde figurava basicamente como adversário para se tornar arrimo da civilização (FREUD, 1974, *apud* COELHO, 1991, p. 83-84).

Outra vertente listada é a teoria crítica da sociedade, que retrata uma teoria social compilada a partir de estudos interdisciplinares que aconteceram nos campos epistemológico, sociológico, semiológico e psicanalítico, e que apresentaram ao final resultados importantes, comprovando, por exemplo, que o critério de verdade vislumbrado nos estudos sociais não está sincronizado com a realidade presente nos dogmas impostos, ao contrário, está situada na possibilidade da oferta de propostas que atendam as demandas sociais. O segundo ponto importante descoberto com a pesquisa diz respeito a necessidade de diálogo entre os atores, vez que a sociedade não pode ser considerada como sendo mero objeto positivista, mas sim, um complexo em diuturna transformação. Para tanto, existe a necessidade do diálogo incluindo além das disciplinas há pouco mencionadas, ainda o jurídico e o político, e até mesmo a ideologia como necessário componente do social, mas que deve ser cada vez mais substituído pelo rigor científico. Assim, estas diretrizes dispostas deram vida ao que se chamou de teoria crítica da sociedade, sendo a teoria crítica do direito a continuação da crítica primeira (COELHO, 1991, p. 94).

Importante lembrar que a escola de Frankfurt atravessou nada menos que quatro períodos até alcançar o modelo conhecido. O primeiro deles ainda nos idos de 1923 contempla acontecimentos importantes, tais como o processo de criação da crítica e a articulação da teoria crítica da sociedade; a condução pelas mãos de Horkheimer; o fechamento do Instituto em razão das ameaças feitas pelo nazismo; a emigração para os Estados Unidos e o início os estudos envolvendo a personalidade autoritária. O período seguinte compreenderia o retorno de Horkheimer e Adorno para a escola após o término da Segunda Guerra Mundial. O fim da guerra também motivaria a reconstituição do Instituto de pesquisas sociais, bem como a liderança de Adorno que iniciaria suas análises sobre a teoria estética, indústria cultural e dialética negativa (WOLKMER, 2015, p. 33).

O terceiro período contemplaria a atuação de Habermas e suas polêmicas com ao sociologismo positivista, a desmistificação da razão instrumental e da dominação denominada tecnocrática. Além de outros temas a crise e legitimidade do Estado capitalista, a utilização da razão comunicativa/dialógica como ferramenta de reestruturação da teoria crítica, dialética da modernidade, entre outros temas não menos importantes. O quarto momento de atualização denota o trabalho de reformulação que considera os questionamentos com origem na filosofia político-jurídica, ao passo em que busca atualizar a crítica por meio de uma teoria que considera o reconhecimento recíproco (WOLKMER, 2015, p. 33).

Perceptível desta forma a grandiosidade dos temas considerados pela teoria crítica, as quais, sem qualquer margem de dúvida, seriam dignas de estudo próprio. Entretanto, não nos cabe aqui tratar isoladamente e de uma ou de outra, ou tratar das mesmas de modo raso, mas apenas reiterar a importância destes e de sua colaboração para com a teoria crítica e o seu fortalecimento.

Mas note-se que o positivismo deixa de reconhecer qualquer valor ao conhecimento científico, limitando-se a tratá-lo pura e simplesmente como mera ciência experimental, o que leva a conclusão que o conhecimento racional se limita a utilização das regras metodológicas e lógica formal (POPPER, 1980, *apud* COELHO, 1991, p. 95).

De fato, a Escola de Frankfurt é crítica das tendências reconhecidas do modelo positivista que ignora a necessária busca de entendimento acerca da essência do homem, assim consideradas a sua realidade e o meio em que vive. Com efeito, a posição da escola é superar a inércia contabilizada na política em

razão da ideologia capitalista e na prática busca a implementação das chamadas liberdades constitucionais que geralmente existem apenas num plano ideal. Assim, o objetivo da escola é alcançar a emancipação da coletividade em razão do sucesso individual de cada membro. Não por acaso, a idéia da escola foi criar literalmente um processo crítico de educação das massas, inclinado a trazer a tona a realidade humana a partir de discursos críticos de determinados setores (COELHO, 1991, p. 96-99).

Wolkmer ressalta que este modelo crítico evidencia um sistema relativamente novo e inaugurado ainda nos idos de 60 na extinta União Soviética. Respectivo movimento passa a questionar de modo vigoroso o modelo juspositivista que reinava nas esferas acadêmicas e institucionais, desmistificando a legalidade da dogmática tradicional consolidada, ao passo que introduzia uma análise sociopolítica. De fato, referido modelo se consolida na França na década de 70, expandindo-se nos anos seguintes para países como Itália, Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal (WOLKMER, 2015, p. 44).

Mencionado modelo crítico buscava a necessária sintonia das regras, não pura e simplesmente com estas, mas fazendo com que estas, isto é, as regras, considerassem em seu bojo a evolução contabilizada pela sociedade.

A intenção da teoria crítica universalista frankfurtiana é definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo homem. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado (WOLKMER, 2015, p. 34).

Neste sentido, aliás, Stein ressalta que a partir desta idéia de mudança de sociedade se extrai um paradigma antropológico de transformação do homem, que o conduz à liberdade frente aos determinismos naturais e históricos sociais. (STEIN, 1986, p. 102 *apud* WOLKMER, 2015, p. 34). Não por acaso, acerca da crítica frankfurtiana Stein ressalta que:

Se caracteriza por pressupor que estamos todos sobre um plano em que há somente o humano. E é a partir desse plano que as questões se colocam. As questões do conhecimento não podem mais ser resolvidas através do apelo à natureza ou a explicações teológicas. A partir da destruição da idéia de consciência, da crítica dos modelos epistemológicos da relação sujeito-objeto, da recusa das teorias da representação, estas questões não podem mais ser resolvidas através de uma espécie de viagem para o interior, para a consciência. Não é por uma descrição de uma fictícia máquina mental-cognitiva que nós vamos resolver o problema do conhecimento. Teremos

que resolvê-lo a partir da análise do que o homem produz: seu discurso, sua cultura, sua história (STEIN, 1986, p. 113 *apud* WOLKMER, 2015, p.34-35).

Partindo destes apontamentos feitos por Stein, Wolkmer vislumbra a necessidade de se observar a forma de conhecimento que a teoria crítica impõe, indagando se esta amolda-se ao conhecimento científico-observável, ou de uma filosofia que seria reflexivamente aceitável. (STEIN, 1986, p. 113 *apud* WOLKMER, 2015, p. 34-35)

A indagação feita anteriormente encontra resposta na doutrina de Geuss, o qual é contundente em afirmar que a teoria crítica tem como finalidade o esclarecimento e a emancipação, mas não exatamente a necessidade de uma confirmação empírica. Não por acaso, ainda assim são admitidas mesmo enfrentando um pesado crivo de avaliação que sofrem, mas que lhe conferem a característica de serem reflexivamente aceitáveis. (GEUSS, 1988, p. 92 *apud* WOLKMER, 2015, p. 34)

Com se vê, a inexistente outorga científica não retira do modelo crítico a característica de investigador social que lhe faz reconhecido e que o legitima em razão de múltiplos interesses de grupos reprimidos, provocando-os em sua autoconsciência. Assim, a teoria crítica tem o papel positivo de ideologicamente trazê-los a participar de um processo adequado de esclarecimentos e emancipação, o que atende as necessidades e os interesses dos realmente oprimidos. (GEUSS, 1988, p. 141-143 *apud* WOLKMER, 2015, p. 35-36).

Perceba-se, no entanto, que este engajamento não comporta discussões no campo das ciências sociais, sobretudo no campo do Direito onde a justiça, o Estado e os valores são objetos de discursos ideológicos. Com efeito, justamente por serem objetos criados pelo conhecimento, e sabendo-se que o conhecimento é transformado paulatinamente, o saber jurídico também acaba sendo modificado, recebendo uma nova atribuição que é de promoção da crítica no sentido de prospectiva, ou seja, voltada para as necessidades futuras a partir da realidade social que vivencia naquele momento (COELHO, 2004, p. 383).

Daí a importância da jurisprudência que ao considerar outras ciências em seu bojo, permite efetivamente uma leitura ampliada acerca das reais condições sociais enfrentadas pela sociedade, levando a conclusão que a crítica ao direito traz em seu bojo o passado acumulado não com a intenção de incorporá-lo ao ordenamento na

forma de regra, mas como ferramenta que permite a estruturação, viabilizando a reconstrução do homem e da sociedade (COELHO, 2004, p. 383).

Em verdade, o trabalho diuturno da teoria crítica é promover a evolução dos debates, de modo a contemplar maior gama de interesses que permeiam a sociedade. Neste sentido, aliás:

Assim, a teoria crítica invade os domínios da teoria geral do direito, seja redefinindo seus conceitos fundamentais, de modo a neles integrar as valorações subjacentes no meio social e inerentes ao direito como um todo, seja reelaborando os princípios gerais fundadores dos ordenamentos jurídicos, seja construindo novos conceitos e categorias aptos a abarcar de maneira prospectiva a realidade social e axiológica, especialmente a ordem que se pretende construir (COELHO, 2004, p. 388).

Perceba-se a partir dos apontamentos trazidos o propósito da crítica de se fazer incluir conteúdos que remontem anseios sociais, além de primar sempre por soluções que contemplem perspectivas relacionadas ao futuro da sociedade e aos seus valores. Neste sentido, continua Coelho:

Do ponto de vista da dogmática geral, a teoria crítica procura reelaborar a teoria geral do direito mediante a adequação dos conceitos gerais à experiência total e dinâmica do direito. Pode-se acrescentar que o papel do jurista não é manter os conteúdos normativos estabelecidos pelo poder, mas substituí-los por outros mais condizentes com as exigências da justiça matérias e da realidade social. Ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça (2004, p. 388).

Portanto, noticia o doutrinador a existência de um novo papel que é confiado aos juristas, que recebem a incumbência de atualizar as normas jurídicas de acordo com as necessidades sociais do seu próprio tempo. Assim, referida teoria impõe um papel extremamente importante sobretudo aos juízes, fazendo com que estes observem com maior cautela não apenas a letra fria da lei, mas passem a considerar em suas decisões também as relações sociais que permeiam a sociedade e o caso em concreto.

Em verdade, esta mudança paradigmática quanto a atuação dos magistrados, bem como a valorização da figura do juiz já havia sido apresentada por Carnelutti. Dizia:

É evidente que o juízo sugere a figura do juiz, em que a ciência do direito reconhece, cada vez mais, o órgão elementar do direito. Antigamente não se pensava assim. Durante muito tempo o juízo foi desvalorizado, em comparação a lei, e o juízo aparecia como um elemento de segundo plano, em comparação com o legislador. Não obstante, a verdade é que, sem o juízo, a lei nem poderia surgir nem poderia servir aos fins do direito. Em

termos históricos, o juízo é anterior as leis: antes de criador das leis, o chefe se afirma como juiz; a formação primitiva das leis é o costume, e este supõe uma seqüela de juízos. Por outro lado, sem o juízo, a lei seria um mandato não cumprido e frequentemente inativo. [...] Não só a lei, mas também a sentença não são um produto jurídico acabado, isto é - sem metáforas -, não basta para alcançar os fins do direito. Para esse fim, o processo executivo é tão necessário como o processo de cognição (CARNELLUTI, 2015, p. 83).

Como bem ressalta Carnelutti, lei e sentença não são produtos jurídicos acabados. Ao contrário, ensejam contínuo processo de construção, sobretudo em razão das mudanças sociais que a teoria crítica percebe e que requer sejam observadas pelo Estado, notadamente pela figura do Juiz, imbuído de alcançar os fins propostos.

A doutrina de Ferraz Júnior percebe que de fato o Estado de Bem-Estar Social unificou Estado e sociedade, de modo que este último passa a buscar a implementação e a efetividade de direitos albergado, cobrando do Legislativo e Executivo a materialização dos direitos prometidos. Novo cenário que exige do Judiciário a alteração de suas atribuições, que passa a laborar juntamente com os demais poderes na concretização dos sociais anotados (FERRAZ JR, 1994, p. 12-21).

Assim, orientados pelas constituições que passaram a prever e tratar dos direitos fundamentais, os juízes acabam por “ganhar” liberdade para dar o devido tratamento e atenção aos respectivos direitos. (BARBOZA, 2014, p.85).

Com efeito, este modelo constitucional acaba por transferir ao juiz a tarefa de extrair direitos e garantias previstas em meio as regras abstratas do texto da constituição. Neste sentido:

O caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do common law, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional. Nessa medida, como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a estes direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto (BARBOZA, 2014, p. 92).

De fato, a promoção de decisões construídas de modo argumentativo são perfeitamente válidas, vez que não existem soluções prontas para todos os

problemas que surgem, exigindo do magistrado uma necessária conduta ampliativa que o conduza a efetivação de direitos e garantias, conforme assevera Lewandowski:

O Judiciário, superando uma postura hermenêutica mais ortodoxa, que desvendava o Direito apenas a partir de regras jurídicas positivadas na Constituição e nas leis, passou a fazê-lo também com base em princípios, superando a visão tradicional que se tinha deles, considerados preceitos de caráter meramente indicativo ou programático. [...] Os juízes começaram a extrair consequências práticas dos princípios republicano, democrático e federativo, bem assim dos postulados da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da dignidade da pessoa humana, ampliando assim o espectro de suas decisões (LEWANDOWSKI, 2013, s.p).

Por sua vez Barroso também ressalta a necessidade de intervenção pelo magistrado, consoante ressalta:

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Não obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público (BARROSO, 2013, p. 923-924).

Perceba-se a partir de Barroso e Lewandowski, a abordagem de alguns pontos de extrema importância. O primeiro seria o reconhecimento acerca a ascensão do constitucionalismo que narramos anteriormente, bem como o fato que o respectivo fenômeno colaborou de forma direta com a materialização de direitos e garantias, trazendo para o plano “físico” previsões inseridas na carta política. Implementação que conta com a intervenção do Judiciário, conforme restou corretamente abordado Cappelletti, Ferraz Jr e Barboza.

Outro ponto extremamente importante abordado por Barroso diz respeito aos limites impostos ao Judiciário, que deve ponderar sempre pela preservação de direitos fundamentais e procedimentos democráticos. Assevera:

Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2013, p. 923-924).

De concreto, tem-se que o referido modelo crítico cobra dos poderes maior atenção ao cumprimento das previsões consignadas na carta constitucional, mas conclama, sobretudo, o Judiciário, o completo engajamento neste processo de efetivação de direitos, passando a considerar nas decisões aqueles omitidos pelos demais poderes, preocupados muitas vezes com temas outros que não os de interesse da sociedade, como nos dirá Hespanha e Fachin⁴.

Perceba-se, enfim, que este cenário de desobediência aos preceitos constitucionais acaba sendo recorrente entre os países que passaram pelo processo de reconhecimento de direitos, não sendo outro o cenário em terras brasileiras, conforme restará abordado nas linhas que seguem.

1.4 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO NO BRASIL

Conforme tratamos anteriormente, o processo de constitucionalização, também reconhecido como Revolução Constitucional, inseriu nos referidos textos antes reconhecidos como mera carta política, direitos e garantias até então ignorados pelo Estado, sendo o Brasil um dos que aderiram ao referido processo.

Embora seja constatada a imponente expansão contabilizada na Europa, na América Latina referida teoria ingressou apenas na década de 80, notadamente na Argentina, México, Chile, Colômbia e Brasil, figurando como precursores os professores Luiz Fernando Coelho – aliás –, um dos referenciais teóricos desta pesquisa, além de Luiz Alberto Warat e Roberto Lyra Filho (WOLKMER, 2015, p. 44).

No cenário nacional, Coelho é o precursor do modelo crítico e esta questão fica patente ao se depreender de suas obras que desde os idos 1982 a temática já

⁴ Em decisão prolatada na ADPF-347 O Ministro Marco Aurélio consigna a “indisposição” dos candidatos: “É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais. A história possui vários exemplos de agentes políticos haverem acionado cortes constitucionais, visando encontrar soluções acasos moralmente controvertidos e impopulares e, assim, evitar choques com a opinião pública. Os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das cortes constitucionais ou supremas: condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas se escudam no Estado de Direito e no consecratório dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos”. Íntegra do voto disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em 16 de janeiro 2021.

vinha sendo tratada pelo doutrinador. Em verdade, referido trabalho remontava parte de sua tese de Doutorado, o que lhe traria ainda reconhecimento dentro do cenário nacional e fora dele⁵.

É verdade que a força do modelo crítico acabou sendo reconhecida por outros doutrinadores ao longo do tempo, assim como é também verdade que o modelo crítico acabou sofrendo um “desvio” em relação ao modelo original, dando origem a outras correntes críticas, como por exemplo, aquela denominada como “direito alternativo” encabeçado pelos magistrados do Rio Grande do Sul. De outra banda, o campo sociológico empreenderia a chamada sociologia da contradição (COELHO, 2011, p. 43-45).

Necessário neste momento abrir um parêntesis em razão da observação feita por Wolkmer acerca da divisão existente entre aqueles que militam em prol do discurso crítico, vez que em seu entendimento, a dicotomia é sem dúvida prejudicial ao movimento crítico, rompendo com o modelo direcionado a socialização da justiça e do avanço social. Ao contrário, é preciso e necessário a cooperação científica e a aproximação das pesquisas teóricas e das práticas como forma de aperfeiçoamento, resultando numa crítica melhor organizada e consistente (WOLKMER, 2015, p. 59).

Voltando os olhos para a crítica inaugurada no Brasil, a doutrina irá demonstrar que o movimento foi inaugurado na Região Sul do Brasil, mais precisamente na Universidade Federal de Santa Catarina em seus cursos de pós-graduação, o que era interpretado inicialmente como uma tentativa muito séria de viabilizar sua utilização como referencial metodológico de aplicação da lei, enquanto a repercussão acerca do movimento crítico acontece em razão da iniciativa de um grupo de magistrados do Estado do Rio Grande do Sul que elevaram o direito acima da própria legislação, numa atitude que rendeu aos magistrados ampla repercussão na mídia, além do reconhecimento de se constituírem um grupo de direito alternativo (COELHO, 2019, p. 339).

⁵ “Essas doze tese básicas, apresentadas no Congresso de La Plata, foram desenvolvidas num texto em homenagem a Legaz y Lacambra e publicado pela Universidade Complutense, de Madrid em 1985. O texto intitulado “Uma teoria crítica Del derecho”, contui a introdução da tese Teoria crítica do direito, com a qual concorri ao cargo de professor titular de Filosofia do Direito na Universidade Federal do Paraná, em 1982, e publicada em 1983 em Curitiba e em 1992 em Porto Alegre. Contudo, um desenvolvimento daquelas teses aparece na segunda edição de Lógica jurídica e interpretação das leis, de 1986, como seu último capítulo, intitulado Para uma hermenêutica jurídica crítica”. COELHO, Luiz Fernando. Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris|JM Livrarias, 2011. p. 48.

A esta altura é preciso abrir novo parêntese para ressaltar a distinção existente entre direito alternativo e o uso alternativo do direito, além do tema pluralismo jurídico, que acaba envolvido na discussão, para o qual invocamos a doutrina de Corrêas, o qual ressalta que:

Por “direito alternativo” entenderemos aqui um sistema normativo cujas normas obrigam a produzir condutas que para o sistema hegemônico constituem delito ou formas menores de faltas. Vale dizer, trata-se de normas cuja efetividade constitui delito frente às normas do sistema hegemônico. Segundo o exposto, um sistema é “alternativo” em relação a outro dominante, quando a efetividade de suas normas, isto é, as condutas que motiva, são proibidas pelo sistema dominante, como delitos, faltas, contravenções e descumprimentos em geral.” (CORRÊAS, 2015, p.109-110).

Por sua vez, o uso alternativo do direito diz respeito a utilização do sistema hegemônico “de maneira que se consiga a produção, por parte de certos funcionários públicos, de decisões – normas – favoráveis aos interesses de determinados setores sociais os quais o sistema normativo deseja na realidade desproteger” (CORRÊAS, 2015, p. 110).

Apresentadas as distinções que envolvem as vertentes do tema, importante ressaltar a visão capitaneada por Coelho, firme no sentido de taxar como inadequada a utilização da palavra alternativo, vez que em ambos os modelos são efetivamente resultados de um movimento exponencialmente superior que não aceita passivamente a forma de condução e os resultados obtidos com a aplicação cega das normas positivistas. Com efeito, impõe reconhecer que inexistente futuro para o direito alternativo, senão aquele que prevê o seu retorno às matrizes da teoria crítica do direito que é o seu berço (COELHO, 2019, p. 340-341).

Fazendo o contraponto ao entendimento mencionado por Coelho em linhas anteriores, Clève igualmente enaltece o direito alternativo, mas reconhece neste modelo um *plus* a teoria crítica.

Há uma diferença entre o direito alternativo e a antiga teoria crítica do direito. Esta, nascida no seio das Universidades, preocupa-se em desmistificar o fenômeno jurídico através de novos deslocamentos epistemológicos. Tratava-se de um discurso de desconstrução. O direito alternativo, no Brasil, desenvolveu-se após a emergência desse tipo de teorização e certamente vale-se de sua experiência. Todavia, sua proposta é diferente. Cumpre, agora, não apenas criticar o direito posto (discurso da denúncia), mas também contribuir para a emergência de um novo direito. O direito alternativo é um plus em relação a crítica (CLÉVE, 1995, p. 97)

De qualquer modo, “é preferível falar em crítica do direito, pois os vários alternativismos, os assim chamados direitos insurgente, positivismo de combate, uso alternativo do direito, direito achado nas ruas e direito alternativo não passam de manifestações parciais da crítica do direito” (COELHO, 2019, p. 347).

De concreto e imutável, resta muito claro o papel do movimento, cuja “essência da crítica está em demonstrar verdadeira face das coisas a partir do que elas deveriam ser”. Assevera:

Creio que, em síntese, posso afirmar que Teoria Crítica tem como ponto fundamental mostrar como as coisas realmente são – objetivo de uma teoria -, porém a partir da perspectiva de como deveriam ser. Isto porque as coisas poderiam ser, mas não são (afinal, as coisas têm potencialidades que não são realizadas). Nestas condições, fazer teoria crítica significa que só posso entender o mundo a partir do que ele poderia ser. Compreender o mundo desde que nele está embutido, mas não efetivado. Não se trata aqui do interessante tema da utopia. O tema é o tema da factibilidade, porque se trata do que as coisas são em suas potencialidades. Portanto, na perspectiva de uma teoria crítica que diz apenas o que as coisas são só diz parte do mundo; diz o que é, e não diz a parte que ainda pode ser (LUDWIG, 2006, p.192-193).

Concluindo seu raciocínio, Ludwig explica os fatores que reconhecem um modelo de crítica efetivo, ressaltando os aspectos que devem ser considerados. O primeiro dele consiste na percepção de mundo no sentido do que ele é e de como deveria ser, de modo que a parcela faltante seria o objeto de perseguição da crítica. O segundo aspecto reside no conhecimento acerca de quais são os fatores que impedem os melhoramentos necessários, para só então exigir o cumprimento daquilo que foi tolhido (LUDWIG, 2006, p. 193).

Em terras brasileiras, sobretudo a partir da Constituição de 1988, como bem apontou Sarlet, restou elencado um generoso rol de direitos sociais e garantias fundamentais, sem perder de vista as tratativas que giraram em torno de matérias importantes como a social, ambiental, entre outras não menos importantes, mas que deixando de serem efetivamente implementadas, razão da necessária importação da teoria crítica do direito.

Esta vanguarda apontada por Sarlet é igualmente percebida por Clève ao asseverar a doutrina constitucional contabilizou uma evolução jamais vista desde a promulgação do atual texto, de modo que qualquer disciplina deve estar em consonância com as regras constitucionais. Novidades outras que trouxeram incontáveis dúvidas acerca da sua efetividade, assim dividida entre aqueles que

temiam a sua efetividade e outros que entendiam pela impossibilidade de sua implementação, haja vista que o documento extrapolava a costumeira delimitação das tarefas reconhecida ao Estado (CLÈVE, 2014, p. 358).

Acerca destas condições adversas suscitadas, tem-se ainda:

E havia aqueles que, com base em determinadas categorias operacionais, fundadas numa teoria tradicional, não conseguiam mesmo compreendê-la. O combate não foi pequeno, provindo críticas inclusive da esfera governamental que, desde o primeiro momento, atacou a Constituição argumentando que, com ela, seria impossível governar o país. Passados alguns anos, percebeu-se a necessidade de um deslocamento conceitual em busca de arcabouço teórico capaz de dar conta da nova realidade constitucional brasileira. Aproximar a normatividade da realidade constitucional é o urgente desafio dos juristas. É neste contexto que exurgem os discursos pós-positivistas implicando, em certos casos, a afirmação do que alguns chamaram de neoconstitucionalismo (CLÈVE, 2014, p. 358).

Assim, o modelo normativo é lançado à um patamar superior, de forma que o ordenamento jurídico como um todo deve obediência ao texto constitucional, mas sempre com o propósito de consolidar os direitos previstos.

1.5 APONTAMENTOS FINAIS

Compulsando o teor disposto na pesquisa, resta evidente a importância que o processo de constitucionalização empreendeu para que os textos constitucionais, até então reconhecidos como meras cartas políticas passassem a inserir em seu bojo direitos e garantias perceptíveis no pós Segunda Guerra Mundial.

Não menos importante o reconhecimento do *Welfare State*, cuja notoriedade acontece em razão de sua convergência com interesses sociais mínimos que passam a ser de responsabilidade do Estado, e ainda que incompleto em quantidade e qualidade, atua ainda assim de modo positivo no processo de reconhecimento e de consolidação de direitos.

O mesmo se diga em relação as várias gerações de direitos, importantíssimas no sentido de reconhecer e incorporar nichos de direitos e garantias, fomentando o processo de reconhecimento e consolidação de direitos.

Fato ainda que muito embora este modelo crítico seja fundamental, igualmente é verdade que as previsões inseridas nos textos constitucionais muitas vezes acabam sendo literalmente ignoradas por razões várias, fazendo com que camadas sociais não sejam atendidas.

Assim a crítica ganha força, conclamando aos mesmos países que participaram do processo de constitucionalização a tornarem efetivas suas previsões. Mais que isso, a teoria crítica do direito evidencia seu papel de consolidação e implementação de direitos e garantias alcançados a duras penas ao longo de muitos anos de luta.

Movimento crítico que se aperfeiçoa, saindo de um modelo denominado teoria crítica do direito para entrar nas vestes daquilo que reconhecemos como ativismo judicial, objeto de pesquisa do próximo capítulo.

2 O ATIVISMO JUDICIAL COMO ATUALIZAÇÃO DA CRÍTICA

2.1 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Conforme tratamos no capítulo anterior, o movimento crítico, ou seja, a crítica a dogmática jurídica, atua desde sua concepção no processo de reconhecimento e consolidação de direitos, e mais que isso, busca, sobretudo, tornar efetivos os direitos e garantias previstos no texto constitucional, sendo considerados para tanto um pensamento social que leva em conta todos os indivíduos, não apenas na forma isolada, mas também coletivamente.

Conforme demonstrará a pesquisa, o constitucionalismo contemporâneo não permite mais que direitos e garantias constitucionais sejam ignorados, sobretudo em razão da inércia ou omissão dos poderes legislativo e executivo, exigindo do judiciário um papel ativo no sentido de manter e incorporar direitos, rechaçando desde já eventuais condutas que divirjam deste entendimento, ou seja, que deixe de observar previsões constitucionais ou utilize do ativismo para restringi-los.

Especificamente quanto ao fenômeno do ativismo judicial, este está diretamente relacionado a crise de legitimidade e representatividade democrática, o que acaba gerando por sua vez uma espécie de descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário” (MOURA, 2016, p. 631-650).

Neste sentido, Oliveira entende que:

A concepção de ativismo, por sua vez, está jungida a uma efetiva participação extensiva e vigorosa do Judiciário na consolidação dos valores e fins preconizados constitucionalmente. É uma interpretação proativa da *Lex Fundamentalis* que propicia uma releitura de seu real sentido, alcance e valores axiológicos, com o objetivo de permitir a prolação de decisões modernas, reformadoras/revolucionárias, progressistas e construtivas”. (OLIVEIRA, 2016, s.p)

Com efeito, são muito claras as razões que justificariam as decisões prolatadas pelo judiciário, as quais estão notadamente moldadas em razão da importância das matérias levadas a julgamento. Assevera:

Em razão do crescente déficit de dignidade verificado na sociedade contemporânea, é preciso reconhecer o papel proeminente, assumido paula-

tinamente pelo Poder Judiciário como destinatário comum das decepções sociais levadas cada vez mais aos tribunais, principalmente quando está em pauta a discussão sobre os direitos fundamentais em seu núcleo essencial. O Estado democrático de direito reclama uma sociedade justa, permeada por instituições firmes e eficientes, de modo a atender aos anseios básicos de seu povo (SILVA, 2017, p. 14-28).

Conforme evidencia o enunciado anterior, a pauta levada a juízo discute assuntos relevantes relacionados aos direitos fundamentais, ensejando deste uma atuação firme como forma de afastar iminentes riscos. Em verdade, somente em casos que evidenciam “situações em que o núcleo essencial dos direitos fundamentais encontra-se em risco, cabe ao Poder Judiciário intervir para buscar a materialização daquilo que, convencionalmente, passou a ser denominado “mínimo existencial” (SILVA, 2017, p. 14-28).

No mais, Silva ressalta a necessidade de ação conjunta, conclamando para tanto o Ministério Público para que esta auxilie no sentido de compelir o Estado a respeitar o que de concreto existe, ou seja, as previsões dispostas no texto constitucional, produto final de lavra do poder constituinte. Anota:

Não há a intenção de se pregar a existência de um governo de juízes, mas, sim, delinear com clareza as formas e momentos em que o Poder Judiciário, com a ativa participação do Ministério Público, deve agir para compelir, democraticamente, o Poder Executivo a respeitar a vontade política do Constituinte Originário. No mesmo sentido, importante destacar que a atuação ativa dos magistrados em nada viola a regra constitucional estampada junto ao artigo 2º, da Carta Cidadã, inerente ao princípio da separação dos poderes (SILVA, 2017, p. 14-28).

Por sua vez, Oliveira ressalta ainda o fato de que no Brasil também o fenômeno da judicialização se deve em grande parte ao próprio teor consignado no texto da Constituição, reconhecidamente analítico e abrangente, de modo que instado a constitucionalizar matérias por meio da interpretação, se retira automaticamente estas questões do âmbito da política, convertendo-as em norma constitucional (OLIVEIRA, 2016, s.p).

Outro fator de sustentação deste fenômeno seria o sistema híbrido de controle de constitucionalidade que permite a qualquer magistrado proclamar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o que faz com que novas insurgências sejam submetidas ao crivo do judiciário, fomentando ainda mais o seu protagonismo (OLIVEIRA, 2016, s.p).

Para Martini e Lessa, a ineficácia do Estado em gerir a saúde pública é que promoveu o fenômeno do ativismo judicial, notadamente em razão inércia dos demais poderes, de modo que ao menos um dos poderes sensibilizou-se para enfrentar temática tão importante, diga-se, essencial para alcançar o bem-estar e justiça sociais. (MARTINI; LESSA, 2017, p. 5-24).

Com efeito, as expectativas que projetam a efetividade dos direitos recaem conseqüentemente sobre o poder judiciário, conforme anota Ramos ao tratar das intervenções e do papel do judiciário quanto ao cumprimento dos fins traçados originalmente pelo texto constitucional.

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente (RAMOS, 2015, p. 286).

Note-se a partir dos apontamentos feitos pelo doutrinador a importância depositada no poder Judiciário e juízes, notadamente em confiar a estes as expectativas de ver reconhecido ou assegurado um direito, cuja provocação e necessidade carrega consigo ainda o desejo de que isso aconteça de modo célere, tudo mediante pressão que lhe é imposta.

Perceba-se que o ativismo judicial está consubstanciado diretamente na postura adotada pelo magistrado por ocasião da prolação de sua decisão, assim, imbuído da necessidade de interpretar o texto constitucional da forma mais respeitosa possível quanto aos termos sociais neles consignados. Necessidade percebida inclusive na seara trabalhista que é responsável diretamente pela manutenção dos direitos da personalidade, e que vê também na figura do magistrado uma forma de implementar as garantias constitucionais previstas, conforme tratado por Leite ao afirmar que “Se o princípio do ativismo judicial encontra-se em franca expansão nos sítios do processo civil, salta aos olhos a necessidade de sua urgente aplicação no terreno do processo do trabalho. Afinal, neste há, em regra, situações de desigualdades de armas entre os litigantes, sendo

o espaço natural para as demandas metaindividuais e uma atuação mais ativa do magistrado” (LEITE, 2016, p. 67-68).

No entendimento de Barroso:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2009. p.1-29).

Barroso apresenta argumentos que justificam a atuação proativa do Judiciário, ressaltando que “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2009, p. 1-29).

Quanto as condutas encontradas na postura ativista, estas se manifestam por meio da:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2009. p.1-29).

Perceba-se que das condutas elencadas a primeira remonta o apontamento feito em linhas anteriores por Oliveira ao expor que o texto constitucional de fato é muito amplo e aberto a interpretações, permitindo o uso da hermenêutica mais ampliativa, repisa-se, ampliativa.

Por sua vez a segunda remonta efetivamente uma das funções do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a de guardião da Constituição, devendo protegê-lo de eventuais violações que aconteçam. A terceira conduta diz respeito ao cumprimento do texto constitucional em relação aos direitos sociais previstos, e conforme veremos mais adiante em Cappelletti, incumbe também ao Poder Judiciário, juntamente com os demais poderes, cumprirem as obrigações constitucionais assumidas.

Entendimento não muito distante daquele apontado por Oliveira ao asseverar que:

Conceitua-se como sendo uma atitude, um modo proativo de interpretação, sobretudo da Carta Política, para disciplinar uma situação que não foi disposta por norma alguma, ou, que foi disposta, mas que já não mais

atende à realidade fática demandada pelos interessados que necessitam de um provimento jurisdicional” (OLIVEIRA, 2016, s.p).

Mesmo porque é preciso considerar que inexistem no ordenamento jurídico um conjunto interminável de soluções prontas para atender todo e qualquer conflito fático levado ao Judiciário, que precisa entregar a prestação jurisdicional, consoante previsão disposta no texto constitucional (OLIVEIRA, 2016, s.p).

Mesmo porque é preciso considerar ainda o fato de que o Judiciário também não pode estar limitado aos exatos termos e expressões consignadas no texto normativo, muitas delas subjetivas e ambíguas, ou mesmo as situações de lacunas, ambas a exigir do magistrado uma atuação política do julgador, criando soluções ainda não concebidas pelo legislador, obedecidos sempre os limites da razoabilidade, extrema observância ao texto da Constituição, sem perder de vista que deve evitar situações de insegurança jurídica ou ferir a separação dos Poderes (OLIVEIRA, 2016, s.p).

Por isso, segundo Baquero e outros, a inércia de instituições democráticas, ou seja, este mau funcionamento coloca em risco a credibilidade deste sistema não apenas em razão da desconfiança dos cidadãos quanto a necessidade de existência do sistema em si, mas até mesmo a necessidade da existência dos partidos políticos (BAQUERO, 2018, 87-106). Demais disso anota:

Paradoxalmente, o fortalecimento da democracia representativa no Brasil, abalada que está pela inépcia da elite política na sua atuação política e institucional, passa pelo fortalecimento das instituições, que existirá na exata medida da mudança de práticas e hábitos políticos social e culturalmente arraigados em toda a sociedade (BAQUERO, 2018, p.87-106).

Mazarotto e Quadros concluem que o denominado processo de construção de uma sociedade justa acontece pelas várias instituições que a compõem, as quais são responsáveis diretas pela disseminação e a prevalência de um cenário de igualdade, o que se intensifica a partir do momento que o Estado assume o encargo das prestações de cunho assistencialista a todos que precisem sem qualquer distinção. Entretanto, as falhas de gestão que surgem motivam a intervenção política do Poder Judiciário como forma de implementação efetiva dos direitos previstos, vez que sua função primeira é justamente promover integralmente as previsões dispostas no texto constitucional. Portanto, figura como instrumento de efetivação de garantias e inclusão (MAZAROTTO, QUADROS, 2018, p. 156-178).

É justamente o que parece acontecer em relação a instituição judiciária, chamada a intervir em diversas questões, além de diuturnamente ser acionada até mesmo pelos demais poderes, restando muito clara sua importância neste processo de consolidação, que se vale da hermenêutica para materializar direitos assegurados pela Constituição.

Hermenêutica que deve considerar as mudanças contabilizadas pela sociedade, não sendo outra a conclusão de Toledo Coelho ao perceber que cenário atual cobra do direito uma postura mais ativa, que deve observar as nuances que envolvem o contexto, haja vista que?

[...] não se aceita mais um positivismo desgarrado da realidade social e uma tutela inespecífica e eminentemente patrimonial. Em outras palavras, não pode a jurisprudência se apegar aos dogmas do passado, para efeitos perversos da globalização e da ultratecnologia, portanto, exige-se um direito e uma hermenêutica à altura de tais fenômenos (TOLEDO COELHO, 2008, p. 59).

Não é outra a conclusão alcançada por Coelho de afirmar a necessidade de se considerar não apenas o cumprimento das regras de conduta que a sociedade contabiliza a qualquer preço, mas que também é preciso considerar sempre as conseqüências da sua aplicação, configurando assim o que nomeia como sendo justiça efetiva. Neste sentido se expressa:

A justiça é uma vivência ao mesmo tempo subjetiva e intersubjetiva que adquire sentido numa comunidade; e se existe uma finalidade da justiça, ela se resume no binômio dignidade/solidariedade, o que vale tanto para o homem comum, o cidadão que sente a injustiça na própria carne, quanto para aqueles a quem a sociedade delegou a tarefa de distribuição da justiça, o que importa em torná-la efetiva em todos os setores da vida humana individual e coletiva (COELHO, 2001, p. 147).

Herkenhoff denota sua convicção ao asseverar que:

Não pode haver autêntica prevalência do Direito, se o Direito não se dirige a realizar a Justiça Social. Não se pode pretender verdadeiro Desenvolvimento se este não é centrado na Pessoa Humana, se seu endereço não é a construção de uma sociedade na qual as pessoas humanas que a integram possam realizar suas potencialidades existenciais (HERKENHOFF, 2004, p. 116).

Afinal, se resgatarmos os apontamentos feitos pela teoria crítica, restará claro que o objetivo da escola sempre foi alcançar a emancipação da coletividade em razão do sucesso individual de cada membro, criando um modelo crítico de

educação das massas, inclinado a trazer a tona a realidade humana a partir de discursos críticos de determinados setores (COELHO, 1991, p. 96-99).

Em suma, nos parecendo esclarecido conceito e as razões que fomentaram o fenômeno do ativismo judicial no Brasil, necessário se faz tecer alguns comentários acerca dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a prática, o que faremos nas linhas que seguem.

2.2 O PAPEL DO JUIZ CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS

Daquilo que restou demonstrado em linhas anteriores é possível reconhecer que existe margem suficiente para incumbir os magistrados de um exercício mais contundente no sentido de efetivar os direitos e garantias dispostos no texto Constitucional.

Para além das críticas que remontam o embate ao ativismo, outro entrave que igualmente militaria ainda em desfavor seria a reserva do possível. No entanto, também este parece não ser absoluto, sobretudo, em razão das demandas que envolvem o tema da saúde, bem como em razão da perceptiva atuação mais proativa do Judiciário, o que não era visível num passado muito próximo.

Perceba-se neste sentido que o Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro Celso de Mello, por ocasião da análise e decisão da ADPF-45⁶, rechaçou este argumento alicerçado sob o viés estritamente financeiro, trazendo à tona as verdadeiras pretensões inseridas no texto Constitucional, ou seja, “promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência”. Demais disso fundamentou o Acórdão:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de

⁶Integra da decisão disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 16 janeiro de 2021.

conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Note-se a partir do enunciado acima algumas questões importantíssimas, tais como a utilização, ou melhor, a má utilização da reserva do possível como modo de afastar do Estado as responsabilidades que lhe batem a porta, furtando-se assim ao seu dever constitucional e fulminando o acesso aos direitos da saúde.

Claro ainda que a intenção primeira não é de intervenção na esfera de outros poderes, mas que isto se justifica na medida em que “haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”, um dos fundamentos da decisão.

Demais disso, note-se ainda que o Acórdão prolatado por Celso de Mello ressalta inclusive a necessidade de se revisar o dogma da Separação dos Poderes, notadamente no que diz respeito ao controle de gastos públicos e prestação dos serviços básicos no Estado Social, haja vista a percepção de incapacidade dos demais poderes em cumprir os respectivos preceitos constitucionais. Mesmo porque o condicionamento para que um direito aconteça sensivelmente atrelado a um parâmetro financeiro certamente reduziria os referidos direitos de forma substancial, ou seja, sua eficácia seria fatalmente reduzida.

Observe-se que o entendimento apresentado por Mello é comungado por Cappelletti, conforme veremos adiante, este firme no sentido de não se confiar de modo irrestrito na separação de poderes, vez que além de desatender aos interesses da coletividade, existe ainda os riscos de levar ao descontrole os poderes legislativo e executivo. Não por acaso, Cappelletti vai além para asseverar que o modelo de freios e contrapesos não é necessariamente recíproco e efetivo.

Demais disso ressalta Cappelletti:

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

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

Daquilo que é possível se depreender do texto Constitucional no que diz respeito a saúde e a garantia que lhe é conferida pelo próprio texto, resta cristalino em nosso entendimento que para fins de efetivação da saúde é preciso a existência de políticas sociais e econômicas com vistas a tornar disponíveis não apenas hospitais fisicamente falando, mas que estes disponham de vagas, tratamento adequado, exames, profissionais, medicamentos. Em suma, tudo aquilo que contribui para a manutenção da saúde e preservação do ser humano com o mínimo de dignidade, até porque é impossível assegurar a preservação da vida sem que para isso esteja assegurada a saúde.

Neste sentido, invocamos uma vez mais o entendimento presente na doutrina de Barroso para esclarecer as circunstâncias que ensejam o manejo do ativismo judicial, reconhecendo nesta solução apenas um caráter de provisoriedade, e que deve ter seu uso aplicado de modo eventual e controlado, e que a expansão do judiciário não deve perder de vista o mau que atinge a democracia brasileira, que é a crise de representatividade do poder legislativo (BARROSO, 2005, p. 1-42).

Crise, aliás, igualmente suscitada por Fachin *et al*, ao ressaltar que os partidos devem considerar os cidadãos como verdadeiros atores políticos e potencialmente participativos no que diz respeito as escolhas mais importantes da comunidade. Mais que isso, patente a necessidade dos partidos repensarem o papel que verdadeiramente lhes incumbem, assim como o papel que os mesmos vem cumprindo efetivamente, este último, aliás, evidentemente mais focado em interesses próprios, ideológicos e organizacionais, partidários, do que o verdadeiro objeto, que é de viabilizar os ideais que permeiam a democracia representativa (FACHIN, SILVA, 2017, p. 239).

Fato é que a proteção aos direitos fundamentais deve ser a medida de atuação do Judiciário, afinal, conforme bem ressaltou Barroso, analisando que “quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador” (BARROSO, 2005, p. 1-42).

Invocando uma vez mais o magistério de Coelho, este anota que não incumbe ao jurista manter o plano normativo estático, mas sim atualizá-lo no sentido de incorporar as demandas e exigências da realidade social daquele momento, sobretudo ao magistrado, que não lhe cabe mais apenas aplicar a lei, mas sim, fazer justiça efetiva (COELHO, 2004, p. 388).

Por efetividade, aliás, entenda-se como aquela que considera as necessidades e os anseios da sociedade.

[...] justiça que não é algo que possa ser reduzido a uma manifestação setorial do humano: ela não pode ser reduzida a um conceito, uma virtude, uma norma, um valor, um critério. ela é um sentimento, uma emoção, uma paixão, algo que as pessoas vivenciam e que permeia tudo isso (COELHO, 2011, p.147).

Verifica-se, aliás, que a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro em seu art. 5º faz previsão expressa acerca desta possibilidade de interpretação teleológica, ressaltando que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁷, ou seja, a idéia de finalidade da lei que deverá ser considerada pelo juízo, quer seja no preenchimento de lacunas ou mesmo para considerar as conseqüências advindas da sentença prolatada⁸.

Siqueira Neto, por sua vez, ressalta não só a necessidade de observância pelo magistrado quanto as regras constitucionais, mas vai além para afirmar que uma nova função é reconhecida ao magistrado, esta consubstanciada na “ampliação da função do denominado Juiz Constitucional que passa de aplicador do Direito Constitucional a verdadeiro construtor da cidadania constitucional. Tudo, repita-se, sem desrespeitar a divisão de poderes, vez que, sua atuação é nos limites da Constituição e do Ordenamento Jurídico” (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 297).

Mais ainda, “há uma quebra de paradigma aqui, passando-se de decisão constitucional para construção constitucional, processo no qual, o juiz se torna um agente que promove a construção do Direito Constitucional” (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 297). Referido autor cita nesta mesma obra, como exemplo desta afirmação o teor do discurso de posse do Min. Enrique Ricardo Lewandowski, cuja importância merece reprodução.

⁷ Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, com redação da Lei 12.376, de 2010), art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁸ “se existe uma finalidade da justiça, ela se resume no binômio dignidade/solidariedade, o que vale tanto para o homem comum, o cidadão que sente a injustiça na própria carne, quanto para aqueles a quem a sociedade delegou a tarefa de distribuição da justiça, o que importa em torná-la efetiva em todos os setores da vida humana individual e coletiva. (COELHO, 2001, p. 147).

Nesse contexto, o Judiciário confinado, desde o século XVIII, à função de simples *bouche de la loi*, ou seja, ao papel de mero intérprete mecânico das leis, foi pouco a pouco compelido a potencializar ao máximo sua atividade hermenêutica de maneira a dar concreção aos direitos fundamentais, compreendidos em suas várias gerações. Ocorre que, assegurar a fruição desses direitos, hoje, de forma eficaz, significa oferecer uma prestação jurisdicional célere, pois, como de há muito se sabe, justiça que tarda é justiça que falha. Entre nós, inclusive, incluiu-se, recentemente, na atual Constituição um novo direito do cidadão: o direito à “razoável duração do processo” (LEWANDOWSKI, 2013, s.p).

De fato, “aludida posição reforça a missão do Juiz Constitucional integrada à valorização dos Direitos Humanos em uma perspectiva de realização e harmonização concomitante” (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 297-298).

Ainda em referência ao mesmo discurso de posse, Lewandowski por sua vez ressalta a postura do Judiciário afirmando que:

[...] o Judiciário, superando uma postura hermenêutica mais ortodoxa, que desvendava o Direito apenas a partir de regras jurídicas positivadas na Constituição e nas leis, passou a fazê-lo também com base em princípios, superando a visão tradicional que se tinha deles, considerados preceitos de caráter meramente indicativo ou programático (LEWANDOWSKI, 2013, s.p)

E continua afirmando que:

Os juízes começaram a extrair consequências práticas dos princípios republicano, democrático e federativo, bem assim dos postulados da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da dignidade da pessoa humana, ampliando assim o espectro de suas decisões (LEWANDOWSKI, 2013: s.p).

Fato é que a partir de então “o Judiciário começou a intervir em questões que antes estavam reservadas exclusivamente aos demais Poderes, participando, de maneira mais ativa da formulação de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência” (LEWANDOWSKI, 2013, s.p).

Materialização da crítica a dogmática e da iniciativa ativista que resta muito clara ao se reconhecer que “O Supremo Tribunal Federal, de modo particular, passou a interferir em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo, lograram alcançar os necessários consensos para resolvê-las” (LEWANDOWSKI, 2013, s.p).

Explicando este lapso temporal havido entre o reconhecimento de direitos e a busca pela sua efetividade, a doutrina percebe uma dificuldade reconhecida desde

início em razão do viés limitado por parte dos operadores jurídicos que não estavam preparados para reconhecer e aplicar os direitos fundamentais de forma correta sob o prisma dogmático, não estando a altura do texto constitucional compilado, o qual exige conhecimentos profundos relacionados as questões filosóficas e sociais. Nesta toada, seria necessário ainda o crescimento ético profissional da magistratura no sentido de aplicação efetiva das regras constitucionais e cada vez menos presas ao poder Executivo (KRELL, 1999, p. 256).

De qualquer modo, o destaque negativo vindo do legislativo e executivo nacional resta evidente em pleno século XXI, vez que estes se sobressaem pela inércia em relação a matérias importantes, lançando o Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, guardião efetivo dos Direitos Constitucionais, ao protagonismo no cenário político-social (DE OLIVEIRA, 2015, p. 32). Neste sentido, afirma ainda:

O que alguns identificam, não raras vezes de forma criticamente condenadora, como um certo protagonismo que o STF adotou no cenário político-social brasileiro, nada mais representa do que uma atuação dentro de seus próprios limites constitucionais, por vezes efetivamente generosos. Os olhos mais atentos para a realidade do jogo de *checks and balances* entre os Poderes nos últimos tempos no Brasil, talvez observem não ter sido o Judiciário quem se excedeu, mas provavelmente, os dois demais poderes, a fazer o que não se espera deles no contexto da ordem constitucional de 1988, ou a se omitirem, se recuarem diante de anseios sociais claros (DE OLIVEIRA, 2015, p. 32).

Não é outro o entendimento contabilizado por Souza Neto ao ressaltar a possibilidade, ou melhor, o dever de intervenção do Judiciário no sentido de concretização dos direitos sociais: Afirma:

A questão central é a seguinte: se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia – como fazem, p.ex., Habermas, Gutmann e Thompson -, então o judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, sobretudo quando tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização dessa tarefa (SOUZA NETO, 2003, p.45 *apud* BARBOZA *Et al*, 2012, p.74).

Por certo que estes anseios não atendidos motivam os cidadãos a busca pela sua efetivação, de modo que não assistidos pelos poderes Legislativo e Executivo, acabam por acionar com Judiciário como última medida de ver efetivado direitos e garantias constitucionais assegurados em suas várias gerações, conforme anota Lewandowski ao reconhecer uma nova postura dos cidadãos na busca pelos seus direitos. Ressalta:

Já tive a oportunidade de afirmar que, a meu ver, este é o século do Poder Judiciário, em que a humanidade, especialmente o homem comum do povo, não apenas descobriu que possui direitos, mas também está disposto a lutar para efetivá-los. No Brasil, a Constituição de 1988 foi pródiga na consagração de direitos fundamentais, em suas várias dimensões, e na ampliação dos meios de acesso à Justiça. Essas circunstâncias refletem-se claramente no acervo dos tribunais brasileiros, sempre crescente, o que propicia novos desafios aos gestores (LEWANDOWSKI, 2014, p. 6)

De fato, em se tratando de direitos fundamentais, e estando estes devidamente inseridos em documentos Constitucionais, de suma importância que exista a busca pela sua efetivação, devendo-se aplaudir a iniciativa, o nível de consciência e a responsabilidade em buscar por meio de iniciativas válidas a concretização das previsões. Por certo que em se tratando de direitos reconhecidos e positivados na forma de princípios, inevitavelmente serão analisados pelo Judiciário, responsável por extrair da abstração textual os elementos necessários a concretização dos direitos. (DE OLIVEIRA, 2015, p. 32).

Por oportuno, de suma importância reiterar o magistério de Barboza para asseverar que no modelo constitucional vigente incumbe ao magistrado a tarefa de extrair direitos e garantias previstas em meio as regras abstratas do texto da constituição, vez que:

Nessa medida, como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a estes direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto (BARBOZA, 2014, p. 92).

Também José Afonso da Silva percebe esta empreitada hermenêutica, enxergando a “busca por mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática” (1999, p.140).

Não por acaso, a conclusão não poderia ser outra, e de fato não o é, senão aquela que forma convicção no sentido de que:

O caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do *common law*, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional (BARBOZA, 2014, p. 92).

Como bem ressaltou a doutrinadora, incumbe ao magistrado, ou seja, ao juiz constitucional a tarefa de extrair direitos e garantias.

Com a tendência, cada vez maior, a “normativização” da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade (BERCOVICI, 2004, p. 18).

Ainda sobre o papel do Judiciário, tem-se que:

Partes da doutrina brasileira moderna já defendem teorias alternativas e inovadoras sobre a função do Judiciário perante os graves problemas sociais e as falhas funcionais dos outros Poderes, especialmente o Executivo hipertrofiado, no cumprimento da ordem jurídica constitucional. Em face dos problemas sociais candentes de um país periférico como o Brasil, o princípio tradicional da separação dos poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes das das nações centrais ricas. Ainda não foram aproveitadas as potencialidades dos modernos instrumentos processuais do Direito brasileiro para a correição judicial das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas (ação civil pública, ação de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção). Exige-se, cada vez mais, a influência do Terceiro Poder na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços básicos, com ênfase no novo papel – também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo (KRELL, 1999, p. 256).

Importante ressaltar que um olhar mais atento para os países reconhecidamente periféricos, dentre eles o próprio Brasil, onde a reconhecida modernidade tardia é facilmente visualizada, o poder Judiciário em regra imprime labor mais incisivo, vez que nestes países o Judiciário tem como uma de suas funções “evitar que as normas constitucionais se tornem promessas incoseqüentes e enganosas. Reforça-se o contexto da litigiosidade excessiva pela acreditação do Poder Judiciário como capaz de redimir a dívida social” (TAVARES, 2015, p. 46-47).

No Brasil, existe ainda muita carência relacionada aos direitos sociais, de modo que muitos são entregues de forma deficitária, ou mesmo nem são entregues, restando evidente o abandono pelos poderes Legislativo, Executivo e de uma forma geral pela Administração Pública como um todo, revelando a atuação mais intensa e necessária por parte do Poder Judiciário (TAVARES, 2015, p. 47).

Esta percepção envolvendo promessas constitucionais restaram devidamente abordadas nas decisões prolatadas pelo Ministro Celso de Mello, consoante se

extrai, v.g, do Agravo de Instrumento⁹ (AI 452312) interposto pelo município de Porto Alegre, o qual buscava refutar decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e que incumbia o órgão municipal a fornecer gratuitamente aparelhos e medicamentos ao munícipe desprovido de recursos financeiros. Nestes termos decidiu:

[...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Precedentes do STF.

Importante reiterar o conteúdo enérgico disposto na fundamentação, notadamente na necessidade de se fazer cumprir as promessas constitucionais, sob pena destas se tornarem meras “promessas constitucionais inconsequentes”, ou ainda pior, caracterizar-se efetivamente uma fraude as expectativas da coletividade, que é na verdade a destinatária do conteúdo constitucional, além de configurar “um gesto irresponsável de infidelidade” em relação ao que deveria observar sob o prisma constitucional (MELLO, 2004, s.p). Nesta toada ainda:

[...] recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição (MELLO, 2004, s.p).

Invocamos uma vez mais Cappelletti, desta vez para apresentar o lado oposto, ou seja, demonstrar o que este considera como sendo riscos contabilizados em razão de um poder Judiciário estritamente engessado em razão da obediência cega a separação de poderes, o que se faz em prejuízo de um modelo recíproco e efetivo de freios e contrapesos.

⁹ Integra do Acórdão disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14799576/agravo-de-instrumento-ai-452312-rs-stf>>. Acesso em 16 de janeiro 2021.

Importante passagem que merece reprodução:

Como se viu, o ideal da estrita separação de poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos “privados”. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, como um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública. De outro lado, também nas relações entre o legislativo e o executivo esse ideal de rígida separação, mais do que contrapesos equilibrados, significou praticamente a passagem, permanentemente perigosa, de períodos em que efetivamente o poder era concentrado nas assembléias legislativas e grupos políticos que as dominavam (pense-se na Itália pré-fascista ou na Alemanha de Weimar, mas também na França da Quarta República), para outros períodos em que, ao contrário, a concentração de poder deu-se no executivo (com exceção dos extremos trágicos dos regimes ditatoriais que conduziram a Segunda Guerra Mundial, pense na França da Quinta República, especialmente nos primeiros anos que se seguiram a Constituição de 1958). A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigos para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte. Justamente este equilíbrio de forças de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano (CAPPELLETTI, 1999, p. 53-54).

Mensagem clara acerca da conclusão capitaneada por Cappelletti de que a obediência inquestionável acerca da separação de poderes a qualquer preço pode levar, e se consideramos os exemplos apresentados por ele, de fato pode levar ao descontrole dos poderes legislativo e executivo, desencadeando riscos efetivos à coletividade.

Em conclusão, tem-se que os riscos oriundos desta obediência cega a separação de poderes não desencadeiam apenas conflitos como aqueles narrados por Cappelletti, de modo que no Brasil, por exemplo, o problema situa-se na esfera do descumprimento das previsões dispostas no texto constitucional, ou como bem afirmou Celso de Mello em linhas anteriores, incorrendo no risco de vermos as previsões constitucionais como meras “promessas constitucionais inconsequentes”, ou mesmo de caracterizar-se evidente “fraude as expectativas da coletividade”, destinatária do conteúdo constitucional, não bastasse a configuração de uma irresponsável infidelidade relacionada ao dever de observância em relação as previsões dispostas.

É neste contexto de surgem os argumentos contrários ao papel inclusivo do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, quanto a efetivação de direitos e garantias, muito em razão dos custos financeiros que este representa, e

que uma vez fixado por meio de decisão judicial, encontra os demais poderes sem qualquer preparo para o enfrentamento da questão, haja vista a premeditada ausência de enfrentamento da questão. É bem verdade que esta literal omissão também existe em razão de interesses próprios conforme bem ressaltava Hespanha, haja vista o desinteresse dos representantes quanto ao desgaste político, ou mesmo em razão de um retorno que não se mostra interessante no cenário político.

De qualquer modo, resta notória a alteração paradigmática que cobra do Estado maior atenção e respeito para com os direitos previstos, exigindo, sobretudo do Judiciário, uma intervenção mais contundente, o que se vislumbra com certa facilidade a partir do fenômeno reconhecido como ativismo judicial, conforme restou tratado em linhas anteriores.

Percebe-se a partir dos resultados obtidos com a pesquisa que os textos constitucionais vigentes antes da segunda guerra figuravam apenas como documentos declaratórios e sem efetividade, evidenciando um estado de direito inócuo. Com o reconhecimento da temática relativa aos princípios e direito sociais o estado de direito sofre relevante alteração protetiva, exponencialmente fortificada após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo no território europeu.

É certo que tais mudanças foram de suma importância para a consolidação de direitos, no entanto, uma segunda mudança paradigmática seria necessária, haja vista a notória e vertiginosa mudança diuturnamente vivenciada pela sociedade.

Há, portanto, notória alteração paradigmática que cobra do Estado maior atenção e respeito para com os direitos previstos, exigindo, sobretudo do Judiciário, uma intervenção inclusiva mais contundente, o que se vislumbra muito claro a partir do fenômeno reconhecido como ativismo judicial.

2.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO USO DO ATIVISMO JUDICIAL

As pesquisas feitas acerca do ativismo judicial contabilizam três contundentes críticas que lhes são desferidas, a saber, a suposta falta de legitimidade democrática; a politização da justiça e falta de capacidade institucional do judiciário, melhor detalhado em seus pontos positivos e negativos mais adiante.

De outra banda, importante ressaltar que estes mesmos argumentos são refutados com igual vigor pelos defensores da conduta proativa dos magistrados, e

que trazem como defesa notadamente o conteúdo produzido pelo modelo crítico, ou seja, o modelo que cobra do Estado o cumprimento das obrigações constitucionais previstas em seu texto, conforme restará pormenorizadamente abordado.

2.3.1 Da legitimidade democrática

Talvez o maior dos questionamentos feitos em relação a atuação protagonizada pelo judiciário seja a questão da legitimidade democrática, vez que, teoricamente, faltaria aos personagens envolvidos neste processo o requisito essencial para que as decisões fossem validadas, ainda que estas atendam diretamente aos interesses dos cidadãos.

No entanto, muito embora ministros, desembargadores e juízes não sejam agentes públicos eleitos diretamente pelo povo, ou seja, por meio de voto direto, resta evidente que os mesmos, ainda assim, desempenham poderes reconhecidamente políticos, na medida em que acumulam poderes suficientes invalidar inclusive os atos dos demais poderes, ainda que estes órgãos estejam representados pelo Presidente da República ou pelos membros do congresso nacional em sua totalidade (BARROSO, 2009, p. 1-29).

Nesta toada, também o magistério de Souza Neto ao asseverar que:

Note-se bem: se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade (SOUZA NETO, 2003, p. 45 *apud* BARBOZA *Et al*, 2012, p. 74).

Validando este entendimento em razão da importância dos temas que resguarda, o fato de ser considerado como o terceiro e menos importante dos três poderes, o que acontece apenas em razão do respeito em razão da divisão clássica de poderes, a importância do poder judiciário é inquestionável quando analisada sob o prisma das liberdades e direitos individuais, da qual é sem dúvidas o seu principal garantidor (FERREIRA FILHO, 2007, p.245).

Aliás, conforme ressaltamos em momento anterior:

não pode haver autêntica prevalência do Direito, se o Direito não se dirige a realizar a Justiça Social. Não se pode pretender verdadeiro Desenvolvimento se este não é centrado na Pessoa Humana, se seu endereço não é a construção de uma sociedade na qual as pessoas humanas que a integram possam realizar suas potencialidades existenciais (HERKNHOFF, 2016, p. 116).

De fato, parece evidente o papel do juiz na materialização dos direitos fundamentais e talvez por isso seja necessário ressaltar que o direito não se resume apenas o texto hermético da lei, vez que dele não se pode extrair um conteúdo decisório pré-estabelecido e de alcance infinito. Justamente em razão disso, a Constituição brasileira direciona o processo como um todo para um viés de discussão e argumentação, que tem como objetivo extrair do ordenamento jurídico, sobretudo no que diz respeito aos temas constitucionais, a melhor resposta possível aos problemas sociais. Demais disso, conforme bem ressalta Cambi, “[...] em países de modernidade tardia, como o Brasil, não é satisfatório que o Judiciário deixe de efetivar os direitos fundamentais, ficando à espera da indefinida atuação do legislador” (CAMBI, 2013, p. 83-97).

Sobre o poder judiciário e as garantias que lhe competem, Ferreira Filho lembra que incumbe ao poder judiciário a função que lhe é inerente, ou seja, fazer justiça, mas que no atual Estado moderno esta tarefa se confunde com a aplicação das leis. Assim, aceitar o Judiciário como mero aplicador de regras, muito embora seja esta sua essência, significaria torná-lo efetivamente limitado, notadamente por ocasião da análise de casos concretos que demandam atenção especial, limitando-o a função administrativa. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 248-249).

Neste sentido, igualmente contundente a afirmação de Barroso ao asseverar que em se tratando de temas como a redemocratização, constitucionalização e controle de constitucionalidade, não é facultado ao Supremo Tribunal Federal deixar de pronunciar-se sobre questões controvertidas, sob pena de não o fazendo, colaboraria para o fortalecimento de um modelo que lhe engessa, ou seja, lhe impõe atuação limitada, nos exatos termos do modelo original que lhe fora desenhado, e que não permite atuação necessária (BARROSO, 2009, p.75 *apud* ALBERTO, 2012, p. 43).

Atuação que visa a salvaguardar em última análise a efetivação da Constituição:

[...] o respeito da democracia, em sentido substancial, justifica o protagonismo judicial responsável. É importante salientar que sua utilização não implica o incentivo a decisionismos ou voluntarismos, nem tampouco ao retorno à Jurisprudência dos Valores. Ao contrário, pretende-se salvaguardar a posição da jurisdição na efetivação da Constituição, tendo, para tanto, que obstruir os empecilhos contrários à realização dos direitos fundamentais (CAMBI, 2013, 83-97).

Conforme assevera Alberto,

[...] se, em primeiro momento, a lei figurava como parâmetro seguro de definição das questões sociais, com o incremento da complexidade social tornou-se insuficiente, o que demandou atuação ativa do Poder Judiciário, realizando, ainda que de forma contramajoritária, os valores insertos na Carta da República (ALBERTO, 2012, p. 42).

Note-se que também a visão privilegiada de Hespanha já anunciava que a nova configuração mundial e a revolução científica, bem como a valorização da diversidade, do pluralismo de sociedades, da igualdade de grupos portadores de diferenças (culturais, vivenciais, capacidades físicas e intelectuais) profissionais, políticas, etc, imporia ao modelo vigente aceitar novas formas de construção da democracia e de novos paradigmas para o direito, de modo a torná-lo efetivo (HESPANHA, 2013, p. 63).

Demais disso, reforçando os argumentos dispostos acima, a doutrina também justifica o poder decisório dos magistrados invocando as vertentes normativa e filosófica.

Quanto a primeira, esta se consubstancia no fato que a Constituição Brasileira, assim como as constituições das demais nações que adotaram o regime democrático reconhecem uma parcela de poder político ao judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal. Em verdade, mesmos os demais agentes públicos não eleitos pela via eleitoral também detém esta parcela política. Por certo, ao aplicarem as leis, os magistrados estão em verdade concretizando decisões tomadas pelos representantes do povo, muito embora exista a necessidade de se considerar ainda que os magistrados e Tribunais não desempenham atividades de forma mecânica (GRAU, 2002, p. 64).

Por sua vez, ao tratar da inexistência de neutralidade política por parte do juiz, Grau afirma que “o juiz é um indivíduo que vive um determinado momento histórico, em uma determinada sociedade. Quando toma as decisões, expressa um determinado senso, que é também o senso político, do todo social”. Em

complemento ressalta ainda que “Isso não quer dizer que decida politicamente em termos de política partidária” (GRAU, 2004, s.p).

Por fim, ao tratar da importância dos princípios para a interpretação e a falsa neutralidade política do intérprete afirma Grau:

A interpretação do direito deve ser dominada pela força dos princípios; são eles que conferem coerência ao sistema. Além disso, é importante observarmos que a circunstância de serem eles elementos internos ao sistema dispensa o recurso à metáfora da “ordem de valores” como via de realização da “justiça material” – recurso ao qual estão dispostos a recorrer todos quantos, por ingenuidade ou por excesso de otimismo, supõe possa o direito posto pelo Estado, sendo apenas *lex*, produzir *ius*. De todo modo, ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na Práxis do direito ela dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas (GRAU, 2009, p. 55).

De suma importância os fundamentos apresentados por Grau, cumprindo ressaltar 4 pontos importantes. O primeiro diz respeito a afirmação que o Judiciário detém uma parcela de poder político, a qual se estende para os demais agentes públicos. A segunda reside no fato que a política aferida neste acontecimento não se refere a política partidária. No terceiro momento ressaltando a importância dos princípios, para ao final, num quarto momento afirmar que mesmo decidindo de acordo o texto normativo, a decisão é política, porque implementa aquilo que nasceu de representantes eleitos.

Quanto a justificativa a partir da matriz filosófica, impõe considerar que esta tem como vertentes o constitucionalismo e a democracia, conforme ensina Barroso.

A justificativa filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. *Constitucionalismo* significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. (BARROSO, 2009, p.1-29).

Diz-se, aparente, porque a atuação do magistrado que decide a questão posta de forma ampla e proativa, mas interpretando sempre o texto Constitucional, estará cumprindo as previsões dispostas pelo Constitucionalismo. Em verdade, se vale de uma iniciativa, um mecanismo, que “contorna” uma situação criada pela

inércia ou ineficácia daqueles que estão inseridos no processo político (BARROSO, 2009, 1-29).

Demais disso, insta ressaltar apenas a necessidade de se resguardar os limites impostos em razão da divisão de poderes.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais (BARROSO, 2005, p. 1-42).

Mas percebe-se que muito embora o modelo legislativo de “criação” de leis tenha o necessário reconhecimento e validade em razão de uma matriz Constitucional exponencialmente evoluída a partir de 1988, mormente a partir de uma legitimação referendada por meio de sufrágio, resta patente que este modelo não consegue prever, regulamentar e implementar soluções que possam suprir todas as necessidades e anseios de uma sociedade em constante evolução.

É o que ressaltava Manuel Hespánha ao afirmar que muito embora os indicados pelo povo exerçam suas atribuições por meio de outorga obtida pelo sufrágio, nada assegura que boas leis nasçam dali, ou ainda que interessantes sejam, que atenderão necessariamente a maioria dos cidadãos, podendo ser ainda mais negativo e impactante quando da ocorrência de intervenções pontuais sem qualquer participação prévia dos seus destinatários (HESPANHA, 2016, Palestra Uninter).

Efetivamente, a configuração atual do direito mostra-se adequado ao modelo de direito único e não a pluralidade de direitos existentes numa mesma comunidade, ou seja, não serve mais para atender a ordem jurídica atual que é feita de muitos direitos, notadamente envolvendo questões relativas a dignidade humana, solidariedade, cultura, religião ou mesmo tradições (HESPANHA, 2013, p. 9-15).

Significa dizer que este modelo onde as regras impostas “de cima para baixo” é compilado para assegurar direitos mínimos e prevenir excessos, mas acaba por deixar incontáveis lacunas, e que muitas vezes motiva ofensas de toda sorte aos direitos individuais e/ou coletivos. Isto é, muito embora existam garantias constitucionais devidamente asseguradas no texto maior, este deixa por vezes de atender seus destinatários em razão da falta de regulamentação expressa de

normas, impondo ao Judiciário lançar mão da hermenêutica ampliativa, como forma de se fazer cumprir as previsões constitucionais.

Assim, ao proibir a autotutela e reter para si a exclusividade de gerir as Leis, o Estado chamou para si a gigantesca responsabilidade de solucionar conflitos e atender aos anseios de todos, encontrando, por conseqüência, obstáculos de toda sorte nesta empreitada, sobretudo a partir do último meio século com a expansão da democracia e da idéia de soberania popular, ou seja, a idéia de um direito vinculado diretamente a vontade do povo (HESPANHA, 2013, p. 62-63).

Demais disso, a nova configuração mundial e a revolução científica, bem como a valorização da diversidade, do pluralismo de sociedades, da igualdade, de grupos portadores de diferenças (culturais, vivenciais, capacidades físicas e intelectuais), profissionais, políticas, etc, impôs ao modelo vigente aceitar novas formas de construção da democracia e de novos paradigmas para o direito (HESPANHA, 2013, p. 63).

De fato, a sociedade evolui de forma vertiginosa em suas mudanças comportamentais e, diante de um sistema incapaz de acompanhar tal evolução, o respectivo cenário passa a exigir dos magistrados atenção especial em relação as novas demandas que surgem diuturnamente, assim como também o deve ser em relação a extensão alcançada com a implementação destas decisões, conforme asseverou Coelho ao mencionar os reflexos decisórios.

Neste sentido, Alberto também ressalta a necessidade de se observar um multiculturalismo crescente que desafia o poder Judiciário, de modo que não raro envolve matérias de extrema importância à sociedade, os quais muitas das vezes acabam por colidir inclusive com direitos assegurados pelo próprio ordenamento. Portanto, conclui, a função social resta impregnada nas atribuições dos juízes (ALBERTO, 2016, Palestra Uninter).

Por fim, cumpre-nos ressaltar a partir da doutrina de Valdés a importância devotada aos magistrados em sociedades democráticas, cuja fidelidade dos juízes aos textos constitucionais é considerada efetivamente como sendo uma espécie de lealdade constitucional e, portanto, um gesto que resta validado pela sociedade. Neste sentido afirma:

Nas sociedades democráticas estabelecidas, a fidelidade dos juízes à Constituição é um fato empiricamente verificável e reiterado, e a *communis opinio* também responde a uma atitude de lealdade constitucional. Há nelas

o que se costuma chamar de "cultura cívica", no sentido de Gabriel A. Almond e Sydney Verba. As correções que o Supremo Tribunal Federal vier a introduzir nas medidas do Executivo ou do Legislativo são então aceitas como expressão de restrição constitucional, como "meio pelo qual a vontade do povo garante o seu próprio exercício responsável (VALDÉS, 2003, s.p, tradução livre)¹⁰.

De outra banda, tem-se ainda os efeitos contrários, ou seja, quando resta contabilizada a desconfiança no judiciário.

A falta de confiabilidade judicial estimulará o surgimento de arranjos parainstitucionais encarregados da distribuição de encargos e benefícios fora da ordem constitucional proclamada. É o que se denomina máfia político-econômica: como não vale a pena levar a sério a Constituição, não há nem mesmo a possibilidade da hipócrita decisão constitucional dos juízes; Como a sociedade é heterogeneamente excludente, o cidadão comum opta tanto pela estratégia do naufrágio - mantendo a autoinclusão à custa da exclusão de outrem - quanto pela preservação do clientelismo político e adesão a lideranças carismáticas vivas ou falecidas, com que reforça sua cultura de sujeito. O regime de transição não está então em uma situação de convalescença, mas sim em um coma permanente (VALDÉS, 2003, s.p, tradução livre)¹¹.

Portanto, a descrença no Judiciário é extremamente prejudicial, conforme bem ressaltou Valdés, o que não se mostra nada interessante para o Estado, vez que este depende dos três poderes igualmente fortes, porque neste cenário também sairá fortalecido, conforme nos dirá Cappelletti.

Finalizando o tópico em apreço, entendemos que a alegada falta de legitimidade é aparente, existindo argumentos plausíveis que justificariam a intervenção proativa do Judiciário no sentido de se fazer cumprir as previsões constitucionais, desde que atuando sempre no sentido de efetivação de direitos.

¹⁰“En sociedades democráticas afianzadas, la fidelidad de los jueces a la Constitución es un hecho empíricamente comprobable y reiterado, y la *communis opinio* responde también a una actitud de lealtad constitucional. Existe en ellas lo que suele ser llamado una "cultura cívica" (*civic culture*), en el sentido de Gabriel A. Almond y Sydney Verba. Las correcciones que el tribunal supremo pueda introducir en las medidas del Ejecutivo o del Legislativo son aceptadas entonces como expresión de una restricción constitucional, como "un medio mediante el cual la voluntad del pueblo asegura su propio ejercicio responsable”.

¹¹“La falta de confiabilidad judicial estimulará la aparición de arreglos parainstitucionales encargados de la distribución de cargas y beneficios al margen del orden constitucional proclamado. Es lo que se llama mafia político-económica: como no vale la pena tomar en serio la Constitución, ni siquiera se da la posibilidad de la decisión hipócritamente constitucional de los jueces; como la sociedad es heterogeneamente excluyente, el ciudadano común opta o bien por la estrategia del naufragio - mantener la autoinclusión a costa de la exclusión del prójimo-, o bien por la conservación del clientelismo político y la adhesión a líderes carismáticos vivientes o difuntos, con lo que refuerza su cultura de súbdito. El regimen de transición no se encuentra entonces en situación de convalescencia, sino más bien de coma permanente”.

Demais disso, o teor disposto no capítulo 3 fortalecerá esta conclusão, haja vista o novo modelo de ativismo que surge e que guarda ainda mais observância em relação aos parâmetros constitucionais.

2.3.2 Da politização da justiça

A segunda crítica direcionada em face do fenômeno do ativismo judicial seria os riscos da politização da justiça, isto é, o entendimento de que a justiça esteja sendo submetida a atender interesses políticos.

Cumprе ressaltar inicialmente que, segundo Ferraz Júnior, é no Estado de direito que o juiz é desviado de sua função administrativa como de qualquer funcionário público, passando a incorporar ele mesmo toda a expressão de força originária do Estado¹², sendo este também o momento em que nasce sua liberdade e independência, vez que a partir destas mudanças o Estado, seus funcionários e demais agentes públicos passam a responder civil e administrativamente por danos causados ao cidadão, incumbindo ao magistrado o julgamento. Por isso o nascimento da necessária imunidade do juiz em razão seus atos, o que fomenta a necessária parcialidade e que reforça sem qualquer margem de dúvidas a segurança jurídica (FERRAZ JR, 1994, p. 12-21).

Assim, a chamada desneutralização política do judiciário acabou por lançá-lo e expô-lo na mídia, evidenciando um conflito que considera as responsabilidades e a independência da magistratura, chegando a conclusão de que o sistema legal está a serviço da implementação de valores sociais. Com efeito, esta notoriedade acaba por atingir diretamente o Judiciário, porquanto, mesmo a sua neutralidade em determinados acontecimentos acaba sendo explorada politicamente, de modo a formar consenso popular, reduzindo o direito a simples condição de um objeto de

¹² Para Barroso: “Nas últimas décadas, o Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. Já não passa despercebido nem é visto com indiferença ou distanciamento. Há mais de uma razão para esse fenômeno. A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo” (BARROSO, 2017, p. 521).

consumo e que o faz perder a prudência. (FERRAZ JR, 1994, p. 16-21). Neste sentido, aliás, ressalta o doutrinador:

Ora, com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relações meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde seu sentido de prudência, por sua legitimidade deixa de repousar na concórdia *potencial* dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção: a coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria. Segue-se daí uma relação tornada meramente pragmática do juiz com o mundo. Pois, vendo ele como um problema político, sente e transforma sua ação decisória em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento (FERRAZ JR, 1994, p. 21).

Não menos importante, deve ser considerado ainda o fato que a partir do estado social surge a figura do chamado princípio da liberdade positiva, cenário onde todos passam a ter assegurada a igualdade de acesso a plena cidadania, cuja implementação é rapidamente cobrada dos poderes Legislativo e Executivo, mas as conseqüências também atingiriam o Judiciário, alterando o papel deste último (FERRAZ JR, 1995, s.p).

Altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também, e sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (...) Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma coresponsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça (FERRAZ JR, 1995, s.p).

A partir de então o Judiciário passa a ser igualmente responsável pela concretização dos direitos sociais previsto no texto constitucional, assumindo responsabilidades que caberiam inicialmente apenas aos demais poderes.

Aliás, acerca da politização Cappelletti acentua.

Efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. (...) Não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma 'neutra'. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para

escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente (CAPPELLETTI, 1993, p. 33)

Segundo o magistério de Cappelletti, inicialmente apenas os Estados Unidos não teriam oferecido resistência quanto a assumir as responsabilidades impostas pela politização que era considerada inicialmente um fardo demasiadamente pesado, mas que o dever de cumprimento ao disposto nos respectivos textos exige conduta mais incisiva, de modo a fazer com que o Estado – poderes Executivo e Legislativo - cumpram para com as suas obrigações (CAPPELLETTI, 1993, p.46-47).

Com efeito, resta ao Judiciário permanecer fiel a concepção tradicional do século XIX, ou seja, manter-se inerte ou elevar-se enfim a condição efetiva de terceiro poder para conseguir controlar o “legislador mastodonte e o leviatanesco administrador” (CAPPELLETTI, 1993, p. 46-47).

Além deste encargo confiado ao Judiciário, conforme anota Cappelletti, também é defeso ao magistrado furtar-se ao seu dever legal de entregar a prestação jurisdicional, sobretudo quando tratar-se de direitos assegurados constitucionalmente. Mas percebe-se que por vezes o processo decisório envolve construções demasiadamente argumentativas, ensejando igual questionamento acerca de sua validade.

Neste sentido, Barroso entende que os movimentos dos Tribunais no sentido de formular decisões construídas argumentativamente são perfeitamente válidos, vez que não existem soluções prontas que contemplem todos os problemas que surgem e que são levados ao Judiciário. Nestes termos fundamenta:

Na concepção tradicional e idealizada, direito e política integram mundos apartados, que não devem se comunicar. Para realizar tal propósito, o Judiciário é dotado de garantias que visam a assegurar sua independência e os órgãos judiciais são vinculados ao direito posto, sem exercer vontade política própria nem atividade criativa. Essa pretensão de autonomia absoluta do direito em relação à política é impossível de se realizar. As soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais (BARROSO, 2013, p. 923-924).

Aliás, não é outro o entendimento de Grau ao afirmar sua crença de que “em um momento de grande transformação, de grande expectativa, o STF deve fazer jus a essa expectativa de transformação, sempre nos parâmetros da Constituição” (GRAU, 2004). Mesmo porque, conforme ressalta Barroso, é clara e inexistente a independência absoluta do Direito em relação a política.

Por sua vez, Ferreira Filho assevera que a politização é matéria que detém relevante apoio na política nacional, ou seja, por aqueles que perseguem um modelo de “controle externo” do Judiciário, como forma de punição dos excessos cometidos. Efetivamente, entende o doutrinador que esta seria uma tentativa de impor ao Judiciário um padrão politicamente correto de suas decisões, sobretudo, porque não são os juízes eleitos pelo povo, mas deveria ser controlado pelos representantes do povo (FERREIRA FILHO, 1994, p. 1-17).

Conforme anota o parágrafo anterior, há riscos no processo de politização da justiça, e sobre este fenômeno anota a doutrina:

Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p.1-29).

Risco que não pode ser efetivamente afastado, conforme ressalta o doutrinador, incumbindo ao magistrado o dever de observância aos limites existentes, sem deixar de cumprir os deveres de proteção aos direitos fundamentais.

Invocando todas as vênias possíveis, ousamos dizer que de forma geral, as decisões apontadas como ativistas não parecem evidenciar que a Justiça esteja a serviço de interesses políticos.

Ao contrário, a pesquisa evidencia um clamor processualmente provocado em razão da inércia dos poderes legislativos e executivo, assim como a percepção de um judiciário preocupado em efetivar as previsões consignadas no texto constitucional, da qual é guardião, diga-se. Em verdade, respectiva provocação acontece inclusive por meio de ações individuais, coletivas e até mesmo por partidos políticos, o que nos leva a lembrar inclusive, e considerar também o fato de que uma vez provocado, incumbe ao Judiciário entregar a prestação jurisdicional.

Por fim, conforme vimos em Hespanha, a legitimidade conferida por meio de sufrágio aos representantes não assegura a efetividade de direitos e garantias,

sobretudo em questões ácidas que possam representar prejuízo político aos respectivos representantes.

2.3.3 Da capacidade institucional

Outro risco apontado pelos críticos do ativismo judicial seria a capacidade institucional do Judiciário, quer seja em razão de uma suposta ausência ou seu extrapolamento.

Em razão da importância reconhecida ao tema, ressaltamos a afirmação de Barroso quanto a necessária observação desempenhada pelos três poderes no que diz respeito aos limites institucionais, bem como o entendimento deste acerca do poder decisório do judiciário que deve sempre dar a palavra final quanto as matérias constitucionais, enquanto de outra banda deve confiar aos demais poderes as demandas notoriamente assentadas em questões de rigor técnico ou científico, servindo o Judiciário nestes casos apenas como limitador, de modo a não comprometer questões ainda mais relevantes, conforme acontecem reiteradamente em caso envolvendo o fornecimento de medicamentos ou tratamento extremamente caros (BARROSO, 2005, p. 1-142).

Esta necessária obediência deve ser muito clara no sentido de esclarecer os papéis que ambos os poderes exercem efetivamente, impedindo com isso que surja uma espécie de instância hegemônica que possa ser visualizada de alguma forma como um risco para a democracia. Entretanto, necessário ponderar que no modelo em vigor a palavra final no que diz respeito a interpretação das normas constitucionais é do Judiciário, mas que isso não significa dizer que todas as matérias devam necessariamente ser decididas por ele (BARROSO, 2005, p. 1-142).

Não por acaso, por ocasião da análise de demandas mais complexas que acabam por envolver rigor técnico ou científico mais acentuado, o Judiciário irá privilegiar sempre os entendimentos apresentados pelo Legislativo e Executivo, ou ainda que atue a título de intervenção, limitar-se-á seu papel como moderador em razão de decisões extravagantes. Em suma, o Judiciário deve observar uma atuação limitada e onde for estritamente necessária (BARROSO, 2005, p. 1-142). Neste sentido, ressalte-se ainda:

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica (BARROSO, 2009, p. 1-29).

Perceba-se a partir disso que de fato existem demandas onde é necessária a realização de estudos e o enfrentamento de questões que remontam ordem técnica que podem mobilizar a atuação dos demais, e que em razão das conseqüências ou impactos devem ser conduzidas por estes. Entretanto, a condução e resultados devem submeter-se as condições e obediência disposta no texto Constitucional, e aqui denota o papel do Judiciário com guardião.

Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado. Naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência. (BARROSO, 2009, p. 1-29).

Entretanto, matérias ainda mais específicas demonstram estas capacidades e limites institucionais dos poderes, e um exemplo prático desta aplicação salta os olhos em razão da repercussão atribuída ao caso.

Nos referimos especificamente ao julgamento do caso Cesari Battisti¹³, no qual o Supremo Tribunal Federal abordou de forma direta a temática relacionada a capacidade institucional dos poderes - inclusive a sua própria capacidade -, onde declarou-se incompetente para analisar o tema da extradição, fundamentando sua decisão nos seguintes termos o dispositivo decisório:

Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, o que é permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “institutional capacities”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº 156, 2002; U Chicago Public Law

¹³Íntegra do Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>>. Acesso em 16 de janeiro de 2021.

Research Paper nº 28. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320245>>, acesso em 27/05/2011) – o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior. Não por acaso, diretamente subordinado ao Presidente da República está o Ministério das Relações Exteriores, com profissionais capacitados para informá-lo a respeito de todos os elementos de política internacional necessários à tomada desta sorte de decisão. Com efeito, é o Presidente da República que se encontra com Chefes de Estados estrangeiros, que tem experiência em planejar suas decisões com base na geografia política e que, portanto, tem maior capacidade para prever as consequências políticas das decisões do Brasil no plano internacional. (Acórdão STF - Petição Avulsa na Extradicação n. 1085).

Conforme bem ressalta a decisão, cumpre efetivamente ao chefe do Estado, ou seja, ao Presidente da República decidir sobre a extradição de um estrangeiro, vez que o Presidente não age como Chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas sim como representante da República Federativa do Brasil.

Perceba-se ainda que em determinadas ocasiões o Supremo Tribunal Federal é acionado por outros entes, tais como Conselho Nacional do Ministério Público, o que se extrai, por exemplo, do julgamento do Mandado de Segurança nº 37178¹⁴, julgado em 18/08/2020 pela Primeira Turma do STF, e com a relatoria do Ministro Luiz Fux.

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PROMOTOR DE JUSTIÇA ESTADUAL. MANIFESTAÇÕES NO ‘FACEBOOK’. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. VIOLAÇÃO DE DEVERES FUNCIONAIS DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDAS AO CNMP. ART. 130-A, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DEFERÊNCIA. *CAPACIDADE INSTITUCIONAL*. HABILITAÇÃO TÉCNICA. ORDEM DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal não é instância recursal das decisões administrativas tomadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público no regular exercício das atribuições constitucionalmente estabelecidas, de sorte que, ressalvadas as hipóteses de flagrantes ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário autocontenção (judicial self-restraint) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior *capacidade institucional* para o tratamento da matéria. Precedentes. 2. In casu, após deliberação no bojo do Processo Administrativo Disciplinar 1.00514/2018-00, o CNMP deu-lhe parcial provimento e, conseqüentemente, aplicou pena de 53 (cinquenta e três) dias de suspensão ao impetrante pelo cometimento de falta funcional. 3. No caso sub examine, não entrevejo flagrantes ilegalidade, teratologia ou abuso de direito na atuação do CNMP para proferir entendimento excepcional, de modo a cassar o decisum administrativo. O Conselho examinou a conduta do Promotor de Justiça de

¹⁴Integra do Acórdão Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1100379682/mandado-de-seguranca-ms-37178-df-0095123-382020100000/inteiro-teor-1100379788>>. Acesso em 16 de janeiro 2021.

forma adequada e fundamentada, bem como aplicou a sanção regularmente dentro de suas competências. 4. Ex positus, DENEGO A ORDEM pleiteada no mandamus.

Outro exemplo de deferência a capacidade institucional tem-se a partir das discussões que remontam a Ação Declaratória de Constitucionalidade¹⁵ que buscava a fixação de idade mínima para o ingresso no ensino fundamental, cujo processo de relatoria do Ministro Edson Fachin, em decisão prolatada em 01/08/2018 assim decidiu:

Ementa: Direito Constitucional. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Fixação da Idade mínima de 06 (seis) anos para o ingresso no Ensino Fundamental. 1. Ação declaratória de constitucionalidade que tem por objeto os artigos 24, II, 31, I e 32, caput, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que dispõem que o ensino fundamental obrigatório se inicia aos 06 (seis) anos de idade. 2. É constitucional a norma que fixa a idade de 6 (seis) anos como marco para o ingresso no ensino fundamental, tendo em vista que o legislador constituinte utilizou critério etário plenamente compatível com essa previsão no art. 208, IV, da Constituição, de acordo com o qual a educação infantil deve ser oferecida “às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. 3. O critério etário está sujeito a mais de uma interpretação possível com relação ao momento exato em que o aluno deva ter 6 (seis) anos completos. Cabe ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preenche-lo, pois se trata de órgão dotado de capacidade institucional adequada para a regulamentação da matéria. 4. Procedência parcial do pedido com a fixação da seguinte tese: “É constitucional a exigência de que o aluno possua 06 (seis) anos de idade para o ingresso no ensino fundamental, cabendo ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preencher o critério etário”.

Entre outros Acórdãos vislumbrados a partir de uma breve pesquisa no Supremo Tribunal Federal, depreende-se estes colacionados como exemplos de aplicação da capacidade institucional, os quais são suficientes para demonstrar o respeito e a aplicabilidade deste instituto, levando a crer que existe obediência quanto aos limites dispostos pelo texto Constitucional.

Tem-se com isso, fundamento necessário para se entender pela funcionalidade do sistema, capaz de reconhecer e balizar competência de julgamento e limites de poderes decisórios, vez que muito embora provocado com relação à determinadas matérias, ainda assim o STF tem entendido e observado sua limitação quanto a capacidade institucional, entregando aos respectivos poderes as decisões que exclusivamente lhe cabem.

¹⁵ Integra do Acórdão disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753348406>>. Acesso em 16 de janeiro 2020.

2.4 APONTAMENTOS FINAIS

Note-se a partir daquilo que restou disposto ao longo do capítulo 2 que o ativismo judicial segue mesmo caminho trilhado pela teoria crítica do Direito. Em verdade, remonta a própria atualização da crítica, vez que incorpora os mesmos ideais de ver efetivados todos os direitos e garantias previstos no texto constitucional. Senão todos, ao menos aqueles mais essenciais ao ser humano, ou seja, aqueles que remontam a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, desde o nascimento da teoria crítica do direito e com a sua importação para o Brasil e, sobretudo, a partir do texto Constitucional de 1988, as questões sociais passaram a ser objeto de efetiva cobrança pela sociedade, notadamente em razão da inércia dos poderes Executivo e Legislativo. Não por acaso, a doutrina pesquisada demonstra que as intervenções feitas no modelo ativista mostra-se pontual, atuando em matérias onde se vislumbra efetivos riscos contra a saúde e a vida, ou ainda em questões sociais outras onde resta patente a negligência ou mesmo a inércia dos demais poderes em razão de interesses institucionais ou mesmo de interesse próprio.

Cenário que passa a contar com a figura do magistrado como efetivo instrumento de implementação das previsões constitucionais, vez que em obediência e norteado sempre pelo texto Constitucional, passa a decidir de modo mais amplo e inclusivo sob o prisma assistencial - mesmo porque é preciso considerar que uma vez provocado este não pode furtar-se ao dever de decidir - não se aceitando, conforme apresentado no primeiro capítulo, qualquer intervenção que não tenha este entendimento inclusivo, ou seja, decidir no sentido de restringir ou rechaçar direitos assegurados constitucionalmente.

Perceba-se ainda a partir da pesquisa que as demandas sociais e/ou coletivas são exatamente as que mobilizam o poder Judiciário e que culminam nas decisões tidas como ativistas. No entanto, são também estas mesmas demandas, isto é, a importância delas que confere ao judiciário a competência necessária para o enfrentamento das questões que lhe são submetidas, fazendo-o cumprir efetivamente o texto Constitucional da qual é guardião.

Restou evidente a partir da densa doutrina pesquisada que a figura do Juiz Constitucional é uma realidade, mais que isso, uma necessidade, vez que sem a necessária interpretação do texto Constitucional, propositadamente aberto

justamente para comportar inclusões, não seria possível o viés inclusivo e assistencial, conforme bem ressaltou Barboza e Lewandowski, *v.g.*

Demais disso, importante ressaltar que muito embora existam críticas relativas ao fenômeno do ativismo judicial, os riscos apresentados como num tripé formado pela legitimidade política (ou a falta dela), capacidade institucional e os riscos da politização da Justiça, parece-nos claro que, respeitado o critério de reconhecimento ou efetivação de direitos, existe legalidade no procedimento judicial.

Assim, a pesquisa demonstra que existe legitimidade política dentro do órgão judiciário, assim como existe parcela política na sentença prolatada. Afinal, a mera aplicação de uma regra evidencia a implementação de um produto legislativo, que é na verdade resultado de discussão pelos representantes eleitos, como afirma Grau. Nestes termos, o quer dizer então da interpretação dos princípios constitucionais?

O mesmo se diga em razão dos limites institucionais, estes igualmente obedecidos, vez, que em vários questionamentos levados ao referido órgão judiciário, diga-se, Supremo Tribunal Federal, este reconheceu nos demais a legitimidade para fazê-lo, apesar de ser provocado e com a possibilidade de decidir.

No que diz respeito a politização da Justiça, ao menos nas questões que remontam os direitos sociais perseguidos, nossa conclusão foi de que não parece evidente a existência de influência política no poder Judiciário, notadamente porque a pesquisa evidencia uma conduta proativa no sentido de efetivar direitos previstos e ainda não implementados pelo demais poderes, como por exemplo, o direito de greve dos professor, ou mesmo a concessão de medicamentos ou tratamento médico que custem pequenas fortunas ou as condições do sistema carcerário. Com efeito, se existe politização da Justiça, esta compreende matérias alheias ao que se discute no particular, ou seja, efetivação de direitos e garantias constitucionais.

Conforme dissemos em outra oportunidade, os fundamentos que estruturam as decisões consideram as repercussões que antecedem e sucedem à mesma, assim como também considera a inexistência de leis ou mesmo os limites de sua interpretação quando existentes, conferindo discussão pública e notória. Portanto, considera questões envolvendo toda uma gama de matérias relacionadas que permeiam a sociedade, tal qual sempre buscou a teoria crítica por meio da zetética.

Em suma, discutir e efetivar direitos sociais previstos no texto Constitucional, moldando o pensamento jurídico moderno para que este milite pelo cumprimento das previsões sociais previstas no referido texto.

Justamente em razão deste pensamento que busca acompanhar a evolução que atinge a sociedade é que a crítica se atualiza novamente, buscando uma vez mais se aperfeiçoar para ver cumpridas todas as previsões constitucionais, sobretudo aquelas de cunho coletivo.

Conforme restará demonstrado nas linhas que seguem, a acritica alcança agora um novo patamar, passando a enfatizar a utilização do método dialógico em detrimento do método dialético anteriormente utilizado, como forma de enfrentamento aos problemas estruturais.

3 – ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO: A CRÍTICA RENOVADA

3.1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

Conforme tratamos nos capítulos anteriores, resta muito clara a tendência de intervenção pelo poder Judiciário em questões sociais, haja vista a inércia dos demais por várias razões, algumas delas muito óbvias, conforme assentou Hespanha.

De fato, a pesquisa demonstra que estas questões orbitam notadamente em temas pontuais, individuais, como o é, por exemplo, em relação a questão dos medicamentos de alto custo ou sistema carcerário, assim como também é clara uma maior intervenção pelo Poder Judiciário em países em desenvolvimento, tal qual acontece no Brasil e na própria América Latina como um todo.

Perceba-se, no entanto, que os enfrentamentos agora migram para um novo patamar, alcançando demandas coletivas, tais como a crise no sistema carcerário da Brasil e Colômbia, assim como o deslocamento forçado de pessoas também em território colombiano, ou mesmo a questão racial exemplificada nos Estados Unidos, conforme veremos em linhas posteriores.

Cenário este que leva o poder Judiciário à utilização de “novas táticas”. Diz-se novas táticas, porque mesmo alicerçando suas decisões em textos Constitucionais, as decisões prolatadas não são cumpridas a risca, exigindo que um dos atores conduza os demais ao cumprimento dos termos dispostos nas decisões, ou seja, que a torne efetiva e, por consequência, assegure os direitos e garantias que se pretende ver consolidados, tudo feito a partir de um diálogo entre os poderes e a sociedade civil.

Note-se que o respectivo cenário dialógico pode ser vislumbrado no Brasil, mais precisamente a partir do “Estado de Coisas Inconstitucional”, o qual replica o modelo dialógico utilizado pela Colômbia. É o que se depreende a partir da declaração pelo STF do “Estado de Coisas Inconstitucional” relativo ao sistema carcerário brasileiro, em atenção a medida cautelar suscitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/2015, e que tem por objetivo efetivar as previsões constitucionais “por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos, a partir da adoção de “medidas estruturais” (KOZICKI; BROOKE, 2018, p. 147-148).

Demais disso, tem-se que:

O emprego desse novo tipo de mecanismo procedimental faz parte de uma tendência observada tanto em países da América Latina, como em outras nações em desenvolvimento, que tem como pano de fundo uma intervenção judicial criativa em casos que se ocupam de violações generalizadas dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominados de "litígios estruturais" (KOZICKI; BROOCKE, 2018, p.148).

Modelo que apresenta, aliás, uma forma de rechaçar eventuais questionamentos ou críticas que se possa ter em relação aos atos do Poder Judiciário, validando-os.

Ademais, traz a lume o diálogo desse modelo com o do constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel, que vislumbram no Poder Executivo, no Poder Legislativo e, principalmente, na sociedade, foros igualmente autorizados e relevantes para a interpretação da Constituição, a legitimar democraticamente a última palavra das Cortes Constitucionais. Levando-se em conta as feições emprestadas ao procedimento do ECI pela jurisprudência da Colômbia, incumbirá ao STF, na superação do quadro de inconstitucionalidade em que se encontra há muito o sistema penitenciário brasileiro, não apenas atuar em cooperação com os demais poderes estatais, mas também com representantes do povo, na formulação e conseqüente fiscalização da efetivação de medidas estruturais condizentes com a salvaguarda dos direitos fundamentais violados (KOZICKI; BROOCKE, 2018, p.148).

Em suma, resplandece evidente que o novo modelo de constitucionalismo democrático enseja a participação efetiva e conjunta dos poderes na tomada de decisões, o que acontece por meio do Estado de Coisas Inconstitucional.

Mais que isso, note-se a participação do Judiciário como "representante do povo, na formulação e conseqüente fiscalização da efetivação de medidas estruturais condizentes com a salvaguarda dos direitos fundamentais violados"

Com efeito, a superação do Estado de Coisas Inconstitucional enseja não apenas a cooperação institucional dos poderes, mas demanda participação popular e de forma democrática quanto a tomada de decisões, configurando o que a doutrina reconhece como sendo o cerne do "novo constitucionalismo latino-americano" (KOZICKI; BROOCKE, 2018, p.148).

3.2 ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO E DO ESTADO DE COISAS

Muito embora ouçamos diuturnamente e tenhamos o caso colombiano como referencial jurisprudencial acerca da temática, talvez por questões geográficas, ou

mesmo em razão da língua, fato é que este modelo ativista tem origem no julgamento do caso *Brown v. Board of Education* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde aconteceu reiterado descumprimento de uma decisão com vistas a fulminar a segregação racial nas escolas públicas da periferia da região sul, exigindo das autoridades uma reforma estrutural substancial, implementada a partir da colaboração dos poderes envolvidos (KOZICKI; BROOKE, 2018, p. 148).

Em meio a América Latina¹⁶, tem-se que a Corte Constitucional da Colômbia declarou por ocasião da decisão da *Sentencia* de Tutela (T) 153, de 1998 o Estado de Coisas Constitucional, haja vista o absurdo quadro de superlotação das penitenciárias do país.

Referido processo discutiu naquela oportunidade as condições relativas ao problema da superlotação e as condições desumanas contabilizadas nas Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín, e não menos grave ainda as condições de violência que imperavam nos referidos locais. Em verdade, os estudos a que as cortes tiveram acesso permitiram concluir que os problemas eram crônicos, ou seja, se estendiam para além destas penitenciárias, alcançando todas as demais instituições carcerárias do país (CAMPOS, 2015, s.p).

Os estudos levaram a Corte Constitucional Colombiana à conclusão de que a superlotação e a violência contabilizada dentro dos recintos eram problemas de ordem nacional e, portanto, afeto a uma gama de autoridades que deveriam se atentar para os acontecimentos aferidos. Não por acaso, a acusação feita pela Corte apontou uma absurda violação quanto aos direitos fundamentais, cuja gravidade foi nominada como sendo uma “tragédia diária dos cárceres” (CAMPOS, 2015, s.p).

Inércia do Estado que mereceu intervenção imediata no sentido de minimizar as péssimas condições carcerárias, não restando outra opção a Corte senão declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, a qual culminou numa série de medidas intervencionistas, tais como a elaboração de plano de reestruturação física do sistema carcerário, determinando ao governo que providenciasse os recursos necessários para efetivar a decisão, e que decidiu ainda pela criação de presídios, bem como a manutenção dos existentes pelos entes estaduais, além de incumbir ao

¹⁶ “Contemporaneamente, esse modelo de ativismo judicial tem sido observado em países como África do Sul, Índia, Argentina e Colômbia, onde as Cortes Constitucionais tem vislumbrado a necessidade de adoção de uma nova postura procedimental a fim de dar efetividade a direitos fundamentais de segunda dimensão” (KOZICKI; BROOKE, 2018, p. 148).

governo federal que promovesse a criação de regramento específico que pudesse tornar efetivo o respeito aos direitos reconhecidos à pessoa do preso (CAMPOS, 2015, s.p).

Independente das determinações contidas na decisão, é certo que as mesmas não foram efetivamente cumpridas, e muito desta responsabilidade restou atribuída a própria Corte, culminando na conclusão que o referido órgão não teria tomado todas as medidas necessárias no sentido de fiscalizar e cobrar o cumprimento das regras decisórias que ela própria definiu. Em suma, foi “condenada” por acreditar cegamente que as autoridades públicas envolvidas cumpririam suas determinações sem que estas restassem suficientemente claras, isto é, não restou claro suficiente para cada um dos envolvidos a incumbência que lhe fora dada, denotando uma patente falta de diálogo, o que não voltaria a acontecer por ocasião do enfrentamento no caso do deslocamento forçado de pessoas (CAMPOS, 2015, s.p)¹⁷.

O deslocamento forçado de pessoas remonta um dos mais graves problemas sociais contabilizados no país Colombiano, a saber, a segurança pública. Referido tema foi tratado e decidido na *Sentencia* T-025, de 2004, sendo este o caso que angariou maior notoriedade em razão dos deslocamentos forçados de pessoas em razão da violência imposta por grupos violentos e perigosos como as Farc. Com efeito, tamanha violência ameaçava de forma iminente a integridade física e a própria vida destas famílias, tolhendo verdadeiramente a segurança e a liberdade dos cidadãos, ou seja, retirando os mais essenciais direitos reconhecidos a pessoa humana (CAMPOS, 2015, s.p).

Esta condição completamente ignorada pela sociedade civil e autoridades culminou na respectiva *Sentencia* que analisou nada menos do que 108 pedidos de tutela com origem em 1.150 núcleos de famílias formadas basicamente por mulheres e crianças, as quais contavam também com muitos idosos e minorias étnicas. Em razão da violência, direitos extremamente básicos, tais como moradia, saúde, educação e trabalho não eram acessíveis em meio ao verdadeiro caos implementado à época, o que permitiu e fundamentou a declaração de Estado Coisas Inconstitucional. Com efeito, o caótico cenário possibilitou a Corte daquele

¹⁷ “Em suma, apesar de que actualmente la situación carcelaria em la Colombia dista mucho de acercarse al ideal, lãs ordenes impartidas por La Corte Constitucional tuvieron un importante efecto em el funcionamiento de lãs entidades públicas vinculadas con esta problemática em el país”. (VARGAS; Hernández, 2003, p. 221).

país firmar entendimento de que o teor consubstanciado naquela sentença não deveria limitar-se apenas aos cidadãos responsáveis pela distribuição das petições, mas também aos demais, igualmente expostos e penalizados pelas condições aviltantes que sofriam. Evidente, portanto, que a demanda era notoriamente estrutural, alcançando um número exponencial de pessoas (CAMPOS, 2015, s.p).

Por sua vez, no Brasil, o modelo Colombiano adotado para o enfrentamento de questões estruturais é incorporado por ocasião do Estado de Coisas Inconstitucional declarado pelo Supremo Tribunal Federal em razão das lamentáveis condições do sistema carcerário, conceituando-se e sendo reconhecido como:

[...] uma intervenção judicial por meio de práticas dialógicas, que originem a emissão de ordens flexíveis e a retenção de jurisdição para o monitoramento do cumprimento da decisão, a fim de promover a efetiva reforma dos conjuntos instrumentais-governamentais envolvidos na violação massiva e sistemática de direitos fundamentais e, também, como acréscimo a deliberação democrática. (KOZICKI; BROOCKE, 2018, p. 158).

Note-se que o julgamento da Medida Cautelar na ADPF-347 buscou a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional por meio do STF, de modo que este, por consequência, pudesse interferir não apenas na criação, mas também na implementação de políticas públicas e matérias de ordem orçamentária, com vistas a redução do problema da superlotação e das condições degradantes contabilizadas nas instalações carcerárias (CAMPOS, 2015, s.p).

Com efeito, houve esperado consenso acerca das péssimas condições de encarceramento e superlotação presenciada nas cadeias e presídios distribuídos pelo Brasil, bem como a urgência quanto a tomada de medidas efetivas. De outra banda, contabilizou-se algumas divergências, entre as principais, as que orbitam entre a legitimidade do STF quanto a intervenção e a eficácia do sistema importado – Colombiano -, vez que no país de origem o instituto não teria funcionado adequadamente (CAMPOS, 2015, s.p).

Quanto a ineficácia apontada, tem-se que a própria Corte Colombiana, reconhecendo as fragilidades no cumprimento da decisão primeira, resolve ela própria conduzir e auxiliar no processo de implementação das suas decisões no caso dos deslocamentos forçados, logrando êxito enfim.

De qualquer modo, é certo que existem algumas críticas acerca da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, especificamente no que diz

respeito ao seu manejo, mas note-se que a doutrina é cristalina no sentido de reconhecer ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião dos direitos e garantias contidas no texto Constitucional, inclusive, que a solução disposta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 poderia acontecer por mais de uma iniciativa. Neste contexto, importante transcrever:

Em síntese, cumpre-se ressaltar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 pode ser tanto fruto da judicialização do ativismo judicial, eis que o STF está incumbido de decidir uma questão de larga repercussão, visto que a Constituição de 1988 assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, portanto, cabe ao STF zelar pela Constituição, conseqüentemente, se o Supremo fechasse os olhos para essa problemática, ele estaria descumprindo a sua função primordial, qual seja, a guarda da Constituição. E mais, o STF não está decidindo porque ele quer, esta decidindo pois era o que tinha que fazer, pois se os Poderes Públicos não tomam uma atitude para sanar esse problema o STF deverá se posicionar. Além disso, seria ativismo judicial, pois é um modo específico de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance, pois, veja que embora o texto constitucional assegure expressamente que o preso possui direito a integridade física e moral, tal direito é abstrato, devendo, portanto, expandir seu alcance para além do diploma normativo (LEAL; SOUZA, 2018, p. 259-260).

Do conteúdo disposto em linhas anteriores é possível extrair algumas considerações muito importantes, a primeira delas consubstanciada no fato de que, independente das possibilidades disponíveis para a solução da questão levada a juízo, a via utilizada considerou uma ferramenta que permite a construção conjunta da solução (diálogo), e não apenas a solução imposta (dialética) por meio de uma decisão, que certamente tomaria os mesmos rumos do mencionado *case Colombiano*.

Demais disso, ressalta ainda a necessária intervenção do Judiciário ante a omissão dos demais poderes, sob pena de, assim o fazendo, estar se negando ao cumprimento de sua principal missão como guardião Constitucional, que é cumprir e fazer cumprir os ditames contidos no seu texto, ainda que em determinadas ocasiões precise formular decisões consideradas ampliativas¹⁸.

¹⁸ “O Judiciário, superando uma postura hermenêutica mais ortodoxa, que desvendava o Direito apenas a partir de regras jurídicas positivadas na Constituição e nas leis, passou a fazê-lo também com base em princípios, superando a visão tradicional que se tinha deles, considerados preceitos de caráter meramente indicativo ou programático. [...] Os juízes começaram a extrair conseqüências práticas dos princípios republicano, democrático e federativo, bem assim dos postulados da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da dignidade da pessoa humana, ampliando assim o espectro de suas decisões” (LEWANDOWSKI, 2013, s.p). Neste sentido ainda o entendimento de Barboza ao asseverar que “Nessa medida, como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a estes direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral

As conclusões alcançadas por Leal e Souza em análise ao Estado de Coisas Inconstitucional invocado na ADPF 347 remetem a pontos positivos e negativos.

[...] é possível afirmar que poderá ocasionar tanto efeitos positivos quanto negativos, ou seja, positivos, pois a decisão busca precipuamente resolver esse “busilis” que é o problema do sistema carcerário, e por lado, negativo, pois declarar o estado de coisas inconstitucionais, abre um espaço mais amplo para declarar qualquer coisa inconstitucional, até mesmo a questão da saúde, da moradia e da educação. E finalmente, no que se refere às críticas, pode se observar há controvérsia, arguidas pelos autores, há quem diga que a declaração do estado de coisas inconstitucionais é inconsistente, ante inúmeras coisas que se pode atribuir inconstitucional, até mesmo a Constituição. Por outro lado, a quem defenda que a declaração é um dos meios eficazes para solucionar essa problemática. Mas em suma essas críticas distorcidas reforçam a necessidade e o rigor que o Pretório Excelso deve decidir (LEAL; SOUZA, 2018, p. 260).

Da conclusão apresentada, extrai-se como pontos positivos o propósito da medida em solucionar efetivamente o problema, e em consonância com os resultados colacionados pela pesquisa, “a necessidade e o rigor que o Pretório Excelso deve decidir” quando se trata do reconhecimento de direitos e garantias consignado no texto Constitucional.

De outra banda, os denominados pontos negativos listados pela conclusão naquela pesquisa talvez não o sejam de fato, vez que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional enseja provocação fundamentada e, como o próprio instituto sugere, a premissa é pelo diálogo e não pela dialética, conforme restará amplamente tratado nas vindouras linhas.

Segundo anota ainda a crítica, a declaração “abre um espaço mais amplo para declarar qualquer coisa inconstitucional, até mesmo a questão da saúde, da moradia e da educação”. Em verdade, soa estranha a crítica neste sentido, vez que a partir Leal e Souza a Corte nada mais está fazendo do que entregar a prestação jurisdicional a que foi provocada, além de não se omitir em relação ao seu papel de guardião Constitucional, sobretudo quando se trata de matérias sensíveis como a questão da saúde, da moradia e da educação.

No mais, embora não seja este o objeto da pesquisa em tela, vez que estamos a tratar do Estado de Coisas Inconstitucional, modelo dialógico utilizado no Brasil, não poderíamos nos furtar, no entanto, com relação a existência de outro modelo dialógico utilizado por alguns países para resolução de problemas

e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto (BARBOZA, 2014, p. 92).

estruturais, ou seja, problemas que remontam direitos sociais fundamentais. Trata-se do “Compromisso Significativo”. Segundo a doutrina:

O “compromisso significativo” é um processo determinado pelo Poder Judiciário, de constante intercâmbio entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Estado, de outro, em que as partes tentam, a partir da compreensão das perspectivas do outro, um acordo na formulação e implementação de programas socioeconômicos que afetam comunidades ou grupos de pessoas [...] O processo do “compromisso significativo” deve, necessariamente, ser bem estruturado, coordenado, consistente e compreensivo e deve habilitar cidadãos ou comunidades a serem tratados como parceiros no processo de tomada de decisão (CHENWI; TISSINGTON, 2010, p.9-11 *apud* MEDA; BERNARDI, 2016, p. 29).

Perceba-se que neste modelo existe uma espécie de empatia no sentido de melhor compreensão acerca das perspectivas do outro, o que, por conseqüência, culmina num processo menos doloroso envolvendo questões socioeconômicas, reconhecendo cidadãos ou comunidades como parceiros que contribuem para o resultado final. Noticia a doutrina:

Essa nova forma de ativismo judicial pressupõe a adoção de “medidas estruturais”, a fim de dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, buscando, para tanto, uma solução compartilhada entre os Poderes e a sociedade. Nestes casos, compete à Corte atuar para a promoção da cooperação e coordenação entre os atores governamentais e não-governamentais afetados, possibilitando o debate público sobre a questão constitucional em julgamento e a construção conjunta da decisão judicial, na perspectiva de uma democracia deliberativa, nos moldes apresentados por Habermas¹⁹ (KOZICKI; BROOKE, 2019, p.282).

Estas afirmações feitas pela doutrina acerca do Compromisso Significativo soam para alguns como sendo uma proposta mais democrática do que aquela ofertada pelo Estado de Coisas Inconstitucional. É o que depreende-se da proposta de lei apresentada pelo Senador Antônio Carlos Valadares ainda no ano de 2015, qual seja, Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015²⁰.

¹⁹ “Ao promover uma maior legitimidade nas decisões das Cortes Constitucionais, enquanto órgãos políticos, envolvendo de algum modo as porções da sociedade que serão afetadas por essas decisões, mecanismos procedimentais como o “Compromisso Significativo” e a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”, se mostram consonantes com o ideal habermasiano de transformar os cidadãos em atores principais no processo de hermenêutica constitucional, realizando a conexão entre a autonomia privada e a autonomia pública, direitos humanos e soberania popular, em seus respectivos contextos democráticos plurais” (KOZICKI; BROOKE, 2019, p. 286).

²⁰ Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. (BRASIL, 2015, PLS 736/15).

Depreende-se muito clara a partir da fundamentação disposta no referido projeto de Lei a preocupação do Senador quanto a mudança paradigmática do poder Judiciário que até então, segundo anota, havia mantido uma conduta conservadora, migrando para outra, mais ativa e assertiva, o que lhe assegurou maior protagonismo em relação aos demais poderes do Estado, fenômeno este reconhecido como Ativismo Judicial. Segundo o teor fundamentado no projeto, esta notoriedade judicial atinge seu ponto máximo por ocasião da prolação da decisão do STF no julgamento do RE nº 592.581 e da ADPF nº 347, a qual reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” em relação ao funcionamento do sistema prisional brasileiro, o que potencializou uma ação jurisdicional mais efetiva e contundente (BRASIL, 2015, PLS 736/15).

Neste sentido, repousa a crítica mais contundente feita pelo Poder Legislativo em relação ao Estado de Coisas Inconstitucional declarado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante anota o Projeto de Lei Senado nº 736 de 2015. Anota:

O reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” foi decisivo para que o STF determinasse a adoção de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários para equacionamento da situação do sistema carcerário nacional, numa guinada jurisprudencial de grande impacto que está a suscitar a preocupação de parlamentares, juristas e agentes públicos sobre a necessidade de essa nova linha jurisprudencial ser balizada, com o claro estabelecimento de limites normativos, sob pena de as competências específicas dos demais Poderes – Executivo e Legislativo – serem usurpadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional. Nessas decisões, ficava evidenciada a heterodoxa posição do STF ao balancear os direitos e princípios constitucionais tutelados, no sentido de impor obrigação de fazer ao Poder Executivo no âmbito da política penitenciária, para dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, afastados os princípios da separação dos Poderes e da reserva do financeiramente possível (BRASIL, 2015, PLS 736/15).

Assim, numa atitude paradoxal, o referido projeto enaltece a decisão no sentido de reconhecer o Estado de Coisas Constitucional e a provocação feita pelo Judiciário aos demais envolvidos com a matéria, mas vê na decisão alguns riscos preocupantes, tais como o comprometimento da reserva do possível e a afronta a separação de poderes (BRASIL, 2015, PLS 736/15).

É neste contexto que o projeto sugere a regulamentação e utilização do modelo sul-africano que é o “Compromisso Significativo”. Fundamenta:

Trata-se da técnica desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul de buscar a conformação de um “compromisso significativo” entre o Estado em sua dimensão executiva (Poder Executivo) e os destinatários de dada

política pública ou detentores de algum Direito Constitucional não concretizado. [...] o compromisso significativo é um mecanismo interessante, mais democrático, pois preserva o princípio da soberania popular no sentido de respeitar os mandatos conferidos pela população aos Chefes do Poder Executivo e sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional, assim como transformar as promessas eleitorais em programas e ações de governo (BRASIL, 2015, PLS 736/15).

Note-se que o argumento principal lançado pelo Projeto é o de que este modelo confere aos cidadãos maior representação, vez que é gerido por seus representantes e, respeitaria assim, o princípio da soberania popular.

De qualquer modo, como o próprio Projeto de Lei Senado noticiava²¹, a intenção era claríssima no sentido de impor condições remontando os termos e limites ao exercício do controle de constitucionalidade de incumbência do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, sabendo-se que a doutrina nacional remonta relativo conhecimento acerca do modelo sul-africano, nos parece evidente que no caso da ADPF 347 a parte demandante (partido político) certamente fez de imediato uma opção quanto ao modelo a ser invocado em sua fundamentação, enxergando na Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, paradigma Colombiano, uma medida mais eficaz ao cumprimento de seu propósito, notadamente considerando o cenário nacional em todos os seus planos, inclusive o fato de que muitas vezes o próprio Legislativo e o Executivo entregam ao Poder Judiciário decisões que são de suas próprias incumbências.

Demais disso, conforme trataremos nos próximos tópicos, o modelo dialógico reconhecido como Estado de Coisas Inconstitucional parece substancialmente estruturado no Brasil, notadamente quando se contabiliza cases que remontam importantes decisões reconhecidamente estruturantes, envolvendo vários personagens e requisitos essenciais contabilizados no modelo dialógico.

O conceito e as características que remontam o Estado de Coisas Inconstitucional é o que trataremos a seguir.

²¹ Diz-se “noticiava” em razão do encerramento da tramitação do referido projeto de lei, com o conseqüente arquivamento em 21/12/2018, nos termos do ar. 332 do Regimento Interno do Senado Federal. Íntegra do conteúdo do projeto e tramitação disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em 12 jan. 2021.

3.3 O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Averiguadas as origens do ativismo judicial dialógico e do Estado de Coisas Inconstitucional, convém destacar as características que o remontam, notadamente quanto ao papel desempenhado pelo poder judiciário nas demandas que ensejam a aplicação de ambos. Para Diaz:

O “Estado de Coisas Inconstitucional” pode ser definido como uma figura jurídica criada não pela Constituição Política, mas pelo Tribunal Constitucional - daí ser tão polemico - através do qual se declara que certos fatos são abertamente contrários a Constituição, por esta violação sistemática e coletiva dos princípios e direitos fundamentais nela consagrados, e em decorrência desse fato, apela às autoridades competentes (sejam estatais ou privadas), para que, em prazo razoável e peremptório, adotem todas as medidas necessárias para superar esse estado de coisas²² (DIAZ, 2013, s.p, tradução livre).

Perceba-se a partir do enunciado apresentado por Diaz o conteúdo e importância da temática, os personagens e urgência no propósito de resolução dos problemas, notadamente em razão do fato de ser estrutural. Conforme bem ressalta, a afronta aos direitos essenciais remonta alcance massivo, ou seja, de cunho coletivo, e em razão do cunho negativo literalmente impregnado no sistema, faz jus ao título de estrutural. Daí a existência do chamado litígio estrutural, este caracterizado em razão do alcance atribuído a demanda:

A corte se encontra diante da figura do “litígio estrutural”, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas (CAMPOS, 2015, s.p).

É o que se depreende, por exemplo, em análise ao caso do deslocamento forçado de pessoas na Colômbia, cuja acusação emitida pela Corte acontece nos seguintes termos:

²²“El “Estado de cosas inconstitucional”, lo podemos definir como una figura jurídica creada no por la Constitución Política, sino por la Corte Constitucional –de ahí que sea tan controversial-, a través de la cual se declara que ciertos hechos son abiertamente contrarios a la Constitución, .por esa vulneración sistemática y colectiva de los principios y derechos fundamentales consagrados en aquella, y como consecuencia de este hecho, exhorta a las autoridades competentes (sean estatales o privadas), para que en un plazo razonable y perentorio, adopten todas las medidas necesarias para superar ese Estado de Cosas”.

Acusando a precária capacidade institucional dos outros poderes para o desenvolvimento, implementação e coordenação das políticas públicas necessárias, e sem exercer diretamente as competências desses poderes, a Corte Constitucional: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou que fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficiente para proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos (CAMPOS, 2015, s.p).

Perceba-se ainda que a decisão expande seu viés protetivo, ampliando o rol para além dos peticionantes, faz determinações expressas acerca do que deveria ser feito, e reconhece a ineficiência do Estado e da sua incapacidade institucional na promoção de políticas públicas.

Demais disso, importante evidenciar que ao contrário da primeira experiência, e absorvendo as repercussões e resultados não exitosos, a Corte modifica o seu próprio papel.

As ordens foram flexíveis e dirigidas a um número elevado de autoridades públicas e, dessa vez, surtiram bons efeitos práticos porque a corte dialogou com os outros poderes e a sociedade sobre a adequação das medidas durante a fase de implementação. A manutenção da jurisdição sobre o caso fez toda a diferença, comparado ao caso do sistema carcerário (CAMPOS, 2015, s.p).

De fato, o feito particular se destaca em razão da busca pela Corte em literalmente conciliar o ativismo judicial implementado por esta no que diz respeito as matérias relacionadas as políticas públicas, mantendo um diálogo aberto com os demais poderes e com a sociedade, tudo no sentido de aperfeiçoar e adequar as medidas de acordo com as necessidades, valendo-se para tanto de ordens flexíveis e diálogo com os demais acerca das implementação das mesmas, deixando sempre as decisões de cunho estritamente técnico sob o encargo dos demais poderes (CAMPOS, 2015, s.p).

Com efeito, informados acerca das decisões técnicas tomadas pelos demais poderes, e sabendo o *status* de cumprimento das decisões já tomadas, estudos, levantamentos, cronogramas, enfim, aliado ao envolvimento da sociedade por meio de audiências públicas²³, o juízes tem a possibilidade de tomar medidas jurídicas

²³ “Essa segunda sentença trabalhada contou com esforços de inúmeras instituições, a reunião entre diversas agências direta e indiretamente envolvidas no caso e gerou uma mobilização da sociedade civil muito importante para avanços nessa questão. A formação de coalizões e a comunicação de diferentes grupos permitiram efeitos muito mais relevantes comparados ao da T-153. Talvez, muito desse sucesso tenha sido fruto de um diálogo entre os poderes e grupos, resguardando o papel e a competência de cada um” (CHAGAS *et. al*, 2015, p.2609).

mais eficazes no sentido de implementação dos termos de suas próprias decisões, traduzindo maior eficácia em relação as decisões unilaterais impostas, como se viu no caso das unidades carcerárias, possibilitando inclusive o monitoramento acerca dos direitos que passaram a ser respeitados (CAMPOS, 2015, s.p).

Não por acaso, a prática do ativismo judicial dialógico consubstancia-se numa:

[...] intervenção judicial por meio de práticas dialógicas, que originem a emissão de ordens flexíveis e a retenção de jurisdição para o monitoramento do cumprimento da decisão, a fim de promover a efetiva reforma dos conjuntos instrumentais-governamentais envolvidos na violação massiva e sistemática de direitos fundamentais e, também, como acréscimo a deliberação democrática. (KOZICKI; BROOCKE, 2018, p. 158).

Possível apreender a partir das linhas anteriormente dispostas que o ativismo dialógico remonta cenário onde o que está realmente estruturado é a desordem na sociedade ou em alguns setores, quer seja por omissão ou negligência dos atores políticos, ensejando imediata intervenção.

Veja-se a partir dos exemplos listados na pesquisa a relevância dos temas, como no caso americano tratando a questão da segregação racial nas escolas públicas da periferia da região sul, exponencialmente agravada em razão do descumprimento das decisões judiciais, impondo as autoridades uma literal e severa reforma estrutural. Além desse, outros dois exemplos vindos da Colômbia, o primeiro deles, como se viu, tratando de um problema nacional envolvendo todo o sistema carcerário, enquanto ao segundo influenciava direta e negativamente uma coletividade literalmente hipossuficiente em todos os sentidos.

Assim como nos casos internacionais, o Brasil também inaugura o instituto com um tema de exponencial relevância, qual seja, a questão carcerária, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional em razão das seguintes condições:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades (CAMPOS, 2015, s.p).

Diaz ressalta de forma pormenorizada os requisitos essenciais necessários ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. A saber:

- 1) A violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas.
- 2) A prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia de direitos.
- 3) A adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de proteção como parte do procedimento de garantia do direito violado.
- 4) A não edição das medidas legislativas, administrativas ou orçamentais necessárias para evitar a violação de direitos.
- 5) A existência de um problema social cuja solução comprometa a intervenção de várias entidades, exige a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que exige um significativo esforço orçamental adicional.
- 6) O fato de que se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema fossem à ação de proteção para obter a proteção de seus direitos, haveria maior congestionamento judicial²⁴ (DIAZ, 2013, s.p, tradução livre)

Muito clara a afirmação feita pelo doutrinador ao demonstrar a existência de alguns requisitos necessários à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, este consubstanciado na violação de direitos fundamentais, mas não aquelas contabilizadas de modo isolado, ou seja, ofensas isoladas em face de uma pessoa, e que muito embora sejam igualmente importantes, não se assemelham a gravidade do quadro necessário, ou seja, estrutural, para que seja possível a declaração do referido Estado de Coisas.

Não se perca de vista, aliás, a importância dos direitos tutelados pelo ativismo dialógico, que no caso do deslocamento forçado de pessoas na Colômbia, por exemplo, remontou uma listagem com nada menos que nove direitos que viriam a servir de base para o acompanhamento pelo Tribunal neste e em processos posteriores, a saber: (1) direito à vida, (2) dignidade e integridade, (3) a família e a unidade familiar, (4) o mínimo vital, (5) o direito à saúde, (6) proteção contra práticas

²⁴ “1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestalesnecesarias para evitar la vulneración de los derechos. 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. 6) El hecho de que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”

discriminatórias, (7) educação básica, (8) estabilização socioeconômica e (9) retorno e restabelecimento (GARAVITO, 2009, p. 453, tradução livre).²⁵

Em suma, necessário um cenário generalizado que atinja uma coletividade simultaneamente, e, neste sentido, remetemo-nos uma vez mais aos exemplos colacionados na pesquisa, onde se aborda a questão carcerária, o deslocamento forçado de pessoas em razão de violência sem precedentes, ou mesmo aquela aferida nos Estados Unidos, a qual remonta um cenário de segregação racial muito sério, vez que trata do respeito aos negros e o direito a educação.

Não menos grave, mas ao contrário, o segundo requisito se consubstancia na ausência de coordenação administrativa e legislativa necessária à gestão da matéria, o que configura literalmente a falha da estrutura que leva ao cenário que permite a intervenção judicial e a declaração.

Daí a necessária intervenção com vistas a reformulação das estruturas de políticas públicas existentes, tudo no sentido de resguardar direitos e garantias constitucionais previstos.

Como ferramenta essencial para este processo de reformulação surge a ferramenta dialógica, cuja estrutura abordaremos pormenorizadamente nos tópicos seguintes.

3.4 TEORIAS DIALÓGICAS

Conforme assevera Valle, as discussões doutrinárias acerca da necessidade e importância do diálogo tratando de matérias constitucionais é relativamente novo, mas contundente e ganha força diuturnamente, enumerando de modo geral três pontos reconhecidos como essenciais, a saber: a) o restabelecimento de equilíbrio entre poderes e o reconhecimento de uma legitimidade democrática; b) *weak judicial review*, ou seja, uma revisão judicial enfraquecida, de modo a minorar o ativismo judicial; c) assegurar a efetiva concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de categorias menos assistidas. (VALLE *et al*, 2012, p. 91-92).

²⁵De esta cita se desprende la lista de nueva derechos que se convertirían em la base Del seguimiento que há hecho la Corte em los autos posteriores. Para recapitular, se trata de los derechos a (1) la vida, (2) la dignidad y la integridad, (3) la familia e la unidad familiar, (4) el mínimo vital, (5) el derecho a la salud, (6) la protección frente a prácticas discriminatórias, (7) la educación básica, (8) la estabilización socioeconómica, y (9) el retorno y el restablecimiento.

3.4.1 Método Judicial

No que diz respeito as teorias dialógicas e ao método judicial utilizado, tem-se que “O elemento central das teorias que têm no método judicial a sede de provocação ao diálogo é o uso consciente, pelo Judiciário, de técnicas que permitem ao julgador estimular e encorajar um amplo debate quanto ao sentido constitucional, com e entre os poderes políticos” (VALLE *et al*, 2012, p. 91-92).

Com efeito, depreende-se deste bojo duas teorias, assim reconhecidas como teorias de aconselhamento judicial e teorias centradas no processo. Quanto a primeira, esta se vale de técnicas interpretativas e de construção decisórias, mas que ao mesmo tempo ensejam atuação dos demais poderes, com vistas a minimizar os riscos de questionamentos acerca de violação ao texto Constitucional. Também aqui estão inclusas as decisões reconhecidas como *roadmaps*, ou seja, roteiros, e de fato são efetivos mapas, vez que apontam a inconstitucionalidade, mas igualmente apresentam os caminhos que devem ser seguidos pelos demais poderes para que aconteça a correção necessária. De outra banda, o caminho inverso poderá ser seguido, isto é, decide o Poder Judiciário sem o apontamento expresso da inconstitucionalidade, mas deixando evidente a precariedade da decisão tomada e a conseqüente necessidade de intervenção pelos demais poderes quanto a resolução da questão submetida ao Poder Judiciário (VALLE *et al*, 2012, p. 92-93).

Quanto a teoria centrada no processo, esta se caracteriza pela atenção do Poder Judiciário quanto aos atos e decisões tomadas pelos membros dos demais poderes, notadamente com relação a questões constitucionais que remontam substancial importância para com os direitos fundamentais (VALLE *et al*, 2012, p. 93).

Neste caso, o diálogo acontece por ocasião da declaração de inconstitucionalidade, ocasião em que o Judiciário acaba efetivamente concedendo ao Legislativo uma nova oportunidade de repensar e assegurar um melhor tratamento a temática, vez que a declaração feita pela Corte evidencia em verdade que um tratamento inadequado do tema foi feito pelo Legislativo, deixando claro este último deve empenhar maior e melhor discussão. Há, portanto, maior abertura de espaço e estímulo para que o Legislativo ofereça a solução adequada (VALLE *et al*, 2012, p. 93).

3.4.2 Teorias estruturais de diálogo

As teorias estruturais de diálogo, por sua vez, reconhecem menos importância ao processo de construção das decisões, empreendendo maior atenção aos meios que possam efetivamente colaborar no processo de relacionamento entre as estruturas, notadamente em situações onde inexistente consenso em razão de decisões que contrariem o interesse das partes, gerando o desacordo (VALLE *et al*, 2012, p. 95).

Algumas teorias são contabilizadas nesta categoria estrutural de diálogo, entre elas as teorias de construção coordenada, a qual alberga teorias que outrora entendiam pela efetividade constitucional como sendo um dever de todos os poderes. Entretanto, o entendimento atual milita do sentido de reconhecer a Corte Constitucional o controle de interpretação final acerca do conteúdo produzido pelo demais poderes do Estado. Demais disso, ainda o fato que estes também podem acionar o Poder Judiciário em caso de divergências entre os mesmos (VALLE *et al*, 2012, p. 95).

Quanto à teoria de princípios jurídicos, esta compreende teorias que reconhecem ao Judiciário uma competência institucional suficiente para promover decisões envolvendo princípios jurídicos, mas tendo como fiscal os demais poderes. Com efeito, uma vez convencidos de que houve falha na interpretação por parte do Judiciário, instaura-se o processo dialógico, passando a trabalhar em conjunto na busca da solução adequada, apesar da divergência apontada, esta consubstanciada no entendimento de que não haveria diálogo propriamente dito, mas apenas a afirmação do entendimento apresentado pelo Judiciário (VALLE *et al*, 2012, p. 95-96).

Por sua vez, as teorias de equilíbrio são reconhecidas como [...] “as concepções que não reconhecem ao Judiciário qualquer capacidade especial para lidar com questões de direitos. Os juízes devem apenas atuar como uma das instâncias de discussão, de maneira a permitir que a sociedade alcance a concepção que entenda melhor possível” (BATEUP, 2006, p. 1157 *apud* VALLE *et al*, 2012, p. 97). Não por acaso:

Esta teoria diferencia-se das anteriores ao não atribuir valor especial ao Judiciário, preocupando-se com a forma como atores judiciais e não judiciais podem aprender, debater e modificar seus entendimentos sobre

direitos a partir do diálogo estabelecido entre eles (BATEUP, 2006, p.1160 *apud* VALLE *et al*, 2012, p.98).

Por último, resta tratar um pormenor acerca da teoria de parceria, a qual consiste num modelo de incentivo ao diálogo na sociedade, valendo-se para tanto de mecanismos institucionais, os quais, segundo a respectiva teoria, possuem o condão de fortalecer o diálogo constitucional (BATEUP, 2006, p.1170, *apud* VALLE *et al*, 2012, p.99). Demais disso:

Para esta teoria, as contribuições do Judiciário e dos poderes políticos a respeito dos significados dos dispositivos constitucionais são estruturalmente diferentes. Assim, o Judiciário, por suas atribuições típicas e por seu isolamento político, põe-se em vantagem para identificar situações nas quais os objetivos fixados pelo legislador restrinjam indevidamente direitos individuais (questões de princípios), sem que isso acarrete uma maior competência para resolver o desacordo sobre o significado dos direitos. A combinação das duas perspectivas – a legislativa, acostumada a estabelecer políticas coletivas, e a judicial, destinada a interpretar o significado das disposições das disposições de direitos – seria o caminho para que o diálogo possa servir para fortalecer os direitos fundamentais (BATEUP, 2006, p.1170-1171, *apud* VALLE *et al*, 2012, p.99).

Com efeito, muito embora as contribuições sejam estruturalmente diferentes, percebe-se a importância da “parceria” formada entre o legislativo e o Judiciário com o objetivo de fortalecimento de direitos fundamentais, tudo a partir do diálogo institucional.

3.4.3 Fusão Dialógica

Ressalta, por fim, a doutrina, a existência da fusão dialógica, a qual consiste, como bem anota o termo atribuído, na efetiva junção das teorias do equilíbrio e da parceria, demonstrando atenção voltada com preocupações democráticas e o estreitamento do modelo de parceria entre os entes institucionais, viabilizando um maior entendimento acerca dos papéis institucionais e sociais daqueles que remontam o diálogo, assim como a significação atribuída por cada um dos personagens acerca do conteúdo previsto no texto Constitucional, reconhecendo ao Judiciário o papel facilitador no processo que remontam as discussões acerca dos temas constitucionais. (BATEUP, 2006, p.1174 *apud* VALLE *et al*, 2012, p. 100).

Neste sentido, aliás, tem-se:

À concepção institucional mais delimitada oferecida pelas teorias de parceria, a fusão dialógica acrescenta um exame do papel do Judiciário de facilitador da discussão na sociedade sobre os temas centrais do constitucionalismo. O resultado seria a possibilidade de se alcançar um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos, o que já era defendido pelas teorias de equilíbrio (VALLE *et al*, 2012, p. 101).

Não por acaso, bem ressalta a doutrina que em meio as dificuldades de se encontrar soluções tidas como ideais em meio as questões emblemáticas que surgem na sociedade, as quais remontam direitos e garantias assegurados constitucionalmente, é preciso considerar igualmente que o legislativo é detentor de maior expertise no que diz respeito aos temas com maior alcance na sociedade, mas é o Judiciário que guarda uma condição mais favorável para tratar de temas com menos repercussão, mas não menos importante, assim com também é dele o papel de alertar o Legislativo acerca de irregularidades encontradas no produto final produzido pelo legislativo, oferecendo inclusive, soluções detentoras de melhor aceitação pela sociedade (BATEUP, 2006, p. 1175-1177 *apud* VALLE *et al*, 2012, p. 100-101).

3.4.4 As teorias dialógicas e o ativismo

A doutrina apresenta sua preocupação quanto a comprovação dos propósitos trazidos pelo ativismo judicial que se apresenta como sendo uma conduta destinada para os fins de efetivação das previsões constitucionais, o que leva a uma diligência importante, a saber: averiguação das causas que impedem a efetivação dos referidos direitos pelos poderes Executivo e Legislativo, assim como a conduta do próprio Judiciário neste caminho anunciado de efetivação de direitos (VALLE *et al*, 2012, p. 103-104).

Neste sentido, tem-se que:

Ao empreender uma análise das causas determinantes da inação legislativa – cujo resultado, quase sempre é o comprometimento da efetividade de direitos [...] duas categorias incidem nos casos concretos: os *blind spots*, ponto em relação aos quais não restam claro para o Legislativo os imperativos de sua ação reguladora; e os temas não decididos por uma análise do *burden of inertia*, identificado como um juízo político de conveniência, o qual, em temas polêmicos, o Legislativo prefere, do ponto de vista de estratégia eleitoral, manter-se inerte a assumir uma decisão controvertida (VALLE *et al*, 2012, p. 104-105).

De fato, assiste razão a assertiva citada em linhas anteriores, estando esta previsão contemplada no capítulo primeiro desta pesquisa, cujo conteúdo ressaltava a percepção de Hespanha quanto a inércia dos poderes legislativo e executivo, lembrando que, muito embora estes gozem de uma legitimidade conferida por meio de sufrágio universal, não se tem ainda assim assegurada a efetividade de direitos e garantias constitucionalmente previstos, sobretudo quando remontam questões especialmente sensíveis e que de alguma forma possam representar prejuízo político aos respectivos representantes do povo.

De qualquer modo, ressalta a doutrina que uma vez reconhecida as causas de motivam a inércia legislativa, é possível se depreender uma melhor compreensão acerca do papel confiado as teorias dialógicas e ao poder Judiciário. Neste sentido:

A partir do reconhecimento destas causas determinantes da inação legislativa, a autora afirma que as teorias dialógicas apresentam uma compreensão mais aprofundada da extensão e fundamento do dissenso em matéria de direitos, e do compromisso do constitucionalismo dialógico para com a atuação do Legislativo. E, a partir desse adensamento das origens do problema, vêem – se revestidas de um maior potencial à sua superação, não por uma concepção modificada do que seja supremacia do Judiciário, mas pelo reconhecimento, em favor deste, de uma importante capacidade de se valer de mecanismos comunicativos e coercitivos para ajudar a superar os elementos de bloqueio que se tenham verificado no processo político, que possam contaminar a fruição de direitos individuais (DIXON, 2007, p.8-9, *apud* VALLE *et al*, 2012, p. 105).

Importante ressaltar que o diálogo institucional enseja uma atuação permanente dos atores institucionais no sentido de tornar efetivas as previsões dispostas no texto constitucional (VALLE *et al*, 2012, p. 106). Para tanto, as teorias dialógicas se revestem de um caráter conciliatório.

De tudo isso, as teorias dialógicas, em suas modalidades, flexibilizam a noção da supremacia do Judiciário, assumindo uma dimensão política das relações de cooperação que os modelos teóricos até então postos não enfrentavam. Esta revelação - da necessária dimensão política de que se reveste a decisão em matéria de *judicial review* – explicita responsabilidade, e evidencia que o mito da atuação neutra e a técnica do Judiciário não mais subsiste, o que parece consentâneo com a reivindicação desse mesmo poder de superar a velha cláusula de bloqueio da *political question* (DIXON, 2007, p.8-9, *apud* VALLE *et al*, 2012, p.105).

Convém ressaltar ainda, especificamente com relação ao ativismo judicial e sua utilização, que parte da doutrina reconhece nos modelos dialógicos uma forma de contenção ao ativismo exacerbado, o que somado ao *overriding*, ou seja, a

possibilidade do poder Legislativo de revisar eventuais atos considerados excessivos do Judiciário, figurando ambas como formas contenção de um poder Judiciário que poderia em tese oferecer riscos a democracia (VALLE *et al*, 2012, p. 110).

Contrário senso, a segunda parte da doutrina entende que:

[...] ao contrário, as teorias dialógicas podem abrir espaço para uma prática ativista mais extensa. Afinal, ao Legislativo sempre seria dado reagir – por intermédio de suas prerrogativas que caracterizam o modelo dialógico -, e o Judiciário pode se sentir motivado a ampliar as fronteiras de sua atuação, fiado na possibilidade da correção legislativa (LECLERC, 2003, p. 377-420, *apud* VALLE *et al*, 2012, p. 110).

Perceba-se acerca do disposto que ambas as posições deságuam na possibilidade de o poder Legislativo corrigir atos do Judiciário, e aqui outra observação é feita pela doutrina, e remonta a existência de uma espécie de proteção, vez que oculta a compreensão efetiva de cada ator acerca do tema discutido. Neste sentido:

As questões que envolvam dissenso profundo são revestidas da mais alta carga de polêmica e sensibilidade política em nossos tempos. Assim, o argumento favorável ou contrário ao ativismo mascara o tema principal: a compreensão quanto a direitos, contidas na decisão judicial contestada. Neste sentido, as teorias dialógicas, ao exigirem um posicionamento mais claro – do Legislativo, na limitação a direitos; da corte, na censura jurisdicional à opção legislativa; e, de novo do Parlamento, no *overriding* ou aceitação da decisão judicial -, favorecem esclarecer o ponto de vista de cada ator na construção do sentido constitucional (ROACH, 2001, p. 222, *apud* VALLE *et al*, 2012, p. 110)

Portanto, parece claro que o modelo dialógico evidencia o papel e a responsabilidade de cada um dos poderes na efetivação dos direitos previstos, de modo que ocorrendo o “*start*” a partir do Judiciário por meio da prática do ativismo não torna a ferramenta condenável. Com efeito, “transforma o ativismo não numa prática nefasta de um poder revestido de supremacia, mas numa trilha institucional que, uma vez eleita pelo Judiciário, pura e simplesmente não recebeu do Legislativo a reação que lhe era explicitamente autorizado a formular” (ROACH, 2001, p. 222, *apud* VALLE *et al*, 2012, p. 110-111).

Não por acaso, Roach assevera que “a resposta ao ativismo judicial inaceitável é o ativismo legislativo e a fixação de responsabilidade democrática pela limitação de direitos” (2001, p. 222, *apud* VALLE *et al*, 2012, p. 111).

Em suma, são estas as teorias que remontam o sistema dialógico e se apresentam como instrumento de diálogo institucional, cuja aplicação prática pode ser depreendida a partir dos julgados que serão apresentados a título exemplificativo, evidenciando a importância das matérias tratadas, o caráter estruturante que as permeiam, assim como o diálogo e as técnicas utilizadas.

3.5 A PRÁTICA DIALÓGICA E O CUNHO ESTRUTURANTE DAS DECISÕES

Depreende-se a partir das pesquisas feitas, notadamente dos resultados apresentados nos capítulos primeiro e segundo deste trabalho, que a postura do Judiciário sofreu alterações no sentido de reconhecer novos direitos ou torná-los efetivos, tendo por base os preceitos inclusos no texto Constitucional a partir do processo de constitucionalização.

Marcha que prevalece nos dias atuais, haja vista a gama de matérias que surgem em razão de uma sociedade em diuturna mutação, inclusive tratando de matérias de cunho estrutural, ou seja, coletivas, ensejando, por conseqüências, decisões igualmente estruturantes.

De fato, Alberto já havia ressaltado em oportunidade anterior a necessidade de se observar o multiculturalismo despontado, cujos reflexos estavam a desafiar o poder Judiciário em razão da necessidade de enfrentamento de matérias de extrema importância para sociedade, reconhecendo nas atribuições dos juízes uma notória função social (ALBERTO, 2016, Palestra Uninter).

Com efeito, Hespanha afirmava a necessária alteração de postura em razão de alguns fatores atuais, tais como a nova configuração mundial e a revolução científica, valorização da diversidade, pluralismo de sociedades, igualdade de grupos portadores de diferenças (culturais, vivenciais, capacidades físicas e intelectuais), profissionais, políticas, entre outros, ensejando novas formas de construção da democracia e de novos paradigmas para o direito (2013, p. 63).

Note-se, no entanto, que as decisões alcançam temas variados e de interesses coletivos, ou seja, reputam demandas de cunho estrutural, ensejadoras, não por acaso, de soluções igualmente estruturantes.

Alberto aponta de forma muito clara a existência de decisões envolvendo a coletividade, anotando precisamente a mudança paradigmática contabilizada no Judiciário e os fenômenos que motivaram as alterações de sua compreensão acerca

dos conflitos, alcance e necessidade respeito a plenitude das disposições constitucionais. Para tanto, ressalta:

A compreensão dos provimentos judiciais decisórios enquanto atos de adjudicação de direitos passa por nova etapa no âmbito da processualística moderna. Se, tradicionalmente, tinha-se o microlitígio, o processo subjetivo e os conflitos individuais como padrão, atualmente a mesma situação já não se verifica. Danos coletivos, conflitos em massa, processos objetivos e decisões que ultrapassam a tradicional leitura de institutos como o princípio da correlação (ou congruência), litisconsórcio e coisa julgada, ademais do próprio papel do juiz, desafiam os juristas e fomentam a reanálise e discussão de meios e modos capazes de atingir, a um só tempo, a efetividade que se espera dos direitos fundamentais e a máxima plenitude das disposições constitucionais (ALBERTO, 2017, p. 61-62).

Perceba-se a partir do enunciado o tratamento de algumas temáticas extremamente importantes, tais como a mudança de compreensão e alcance dos julgados, o tratamento de matérias remontando questões coletivas ou ainda de temas que direta ou indiretamente atingem a coletividade, tudo sem perder de vista o viés constitucional, preocupado sempre com a efetividade das normas relacionadas aos direitos fundamentais. Neste sentido ainda:

Frequentemente se travam discussões acerca da possibilidade de realização de políticas públicas ou implementação de direitos que, em primeira visada, revelavam-se agasalhados por normas programáticas ou de eficácia imediata (ALBERTO, 2017, p. 62).

De fato, depreende-se da pesquisa que as previsões em si – programáticas ou de eficácia imediata - não asseguram a materialização do direito, sobretudo aquelas que remontam demandas estruturais, ensejando discussões que permeiam não apenas o direito que se visa implementar ou reconhecer, mas também as competências e limites atribuídos a cada um dos poderes do Estado.

Exemplo nacional de grande envergadura envolvendo uma decisão estruturante seria a ação popular que remonta a demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol, cuja parte dispositiva do Acórdão, em razão da extensa importância e riqueza de detalhes, trouxe diversas cláusulas condicionantes servindo como ferramentas que possibilitam o cumprimento da decisão. Mais que isso, as reconhecidas sentenças aditivas têm como características “determinações abstratas e genéricas a regulamentar determinado ponto omissivo que obste o cumprimento de cláusulas constitucionais” (ALBERTO, 2017, p. 64-65).

Outra decisão estruturante de grande repercussão é aquela que discutiu por meio da Ação civil Pública nº 93.80.00533-4 (SC) o plano de recuperação da região carbonífera do Estado de Santa Catarina, cuja decisão impôs condenação ao pólo passivo (entre eles União Federal e Estado de Santa Catarina) a apresentação um plano de recuperação e cronograma de atividades dentro do prazo fixado pela mesma decisão, permitindo que todos os interessados pudessem acompanhar o cumprimento da sentença (ALBERTO, 2017, p. 65).

Necessário abrir um parêntesis neste momento para ressaltar que é justamente o envolvimento de todos os responsáveis, o cronograma de atividades, a possibilidade de acompanhamento e a fiscalização que torna possível o êxito das decisões estruturais. Ao contrário, conforme também restou apresentado na pesquisa, a prolação pura e simples de uma decisão não significa cumprimento da mesma, haja vista a extensão vislumbrada em grandes demandas envolvendo a coletividade, conforme depreende-se da frustrada tentativa na Colômbia (primeira) de melhorar as condições do sistema carcerário.

A partir da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal é possível extrair decisões igualmente importantes em que foram aplicadas as teorias dialógicas, as quais reconhecem ao Judiciário a iniciativa de promover o diálogo entre as instituições. Com efeito, incumbe ao Judiciário firmar entendimento derradeiro acerca de uma norma Constitucional, enquanto aos demais, convocados por meio de um Acórdão, cumpre empregar meios enviesados para a solução do litígio (VALLE, 2012, p. 116-117).

Caso conhecido diz respeito a fixação do número de vereadores, em demanda ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo envolvendo o município de Mira Estrela. No particular, embora houvesse número inferior ao limite fixado pela Constituição, o legislativo municipal acomodava um número superior de cadeiras quando considerado o critério proporcional de habitantes, impondo prejuízo ao erário público. Outro ponto crucial na demanda era o fato que todos os vereadores tinham assumido as respectivas cadeiras, contanto inclusive com legitimação do Tribunal Superior Eleitoral, haja vista a faculdade do próprio município quanto a fixação do número de cadeiras, segundo a regras que vigoravam naquela época. (VALLE, 2012, p. 117).

De concreto, tem-se que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de obediência ao texto Constitucional, obrigando o

legislativo municipal, assim como acontece nas Assembléias Estaduais e Câmara dos Deputados, a obedecer o critério de proporcionalidade em relação ao número de habitantes. Assim, salvaguardando a condição dos investidos dos cargos, o pleito posterior deveria impor aos municípios brasileiros literal obediência ao texto constitucional, adequando o número de cadeiras ao número de habitantes, por força da decisão uniformizadora prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, o que significaria a extinção de cerca de 8 mil cargos de vereadores no país (VALLE, 2012, p.117-118).

A reação dialógica vem do Legislativo que encampa grande mobilização envolvendo as Câmaras Municipais e Câmara Federal, a qual culminou na apresentação de algumas propostas de emenda a Constituição. De concreto, tem que ao final das discussões, houve alteração do texto Constitucional, cuja redação dos artigos 29 e 29-A passaram a incluir faixas para a composição da Câmara, dando manutenção ao número de Vereadores contabilizados, evidenciando grande esforço e mobilização do Legislativo no sentido de superar a decisão judicial. Quanto ao Supremo, este naturalmente acolheu o novo posicionamento e revisou as regras do Tribunal Superior Eleitoral para a nova condição. (VALLE, 2012, p. 120-121).

Demais disso, percebe-se ainda que o caso em tela remonta claramente a aplicação de técnicas dialógicas. A primeira delas de aconselhamento, vez que ao prolatar uma decisão com efeitos modulatórios, concede ao Legislativo a oportunidade de construir a resposta que entende mais adequada para a solução do imbróglio. Com a resposta, vislumbra-se igualmente a utilização da teoria dialógica de parceria, assim como resta igualmente contabilizada a teoria dialógica estrutural, haja vista a nítida pretensão de controle político sobre a decisão prolatada pelo Poder Judiciário²⁶ (VALLE, 2012, p. 121).

Por derradeiro, restando cristalina a importância das decisões apresentadas em caráter exemplificativo, resta-nos em nossa última investida analisar a prática do ativismo judicial dialógico como instrumento de concretização de direitos e garantias, o que faremos no último tópico de nossa pesquisa.

Sigamos.

²⁶ Outros exemplos de casos envolvendo o diálogo institucional seriam a Ação Direita e Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 295, cujo conteúdo retratava a vedação à concessão de liminares pelo Judiciário: reedição de medida provisória, ou mesmo o Mandado de Injunção nº 444, tratando do direito a aposentadoria especial de servidores públicos envolvidos em atividade insalubre ou perigosa (VALLE, 2012, p. 121 e 127).

3.6 O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito embora seja reconhecido o papel do Judiciário em questões relevantes e que demandam urgência, e mesmo que exista um entendimento quanto a aprovação das decisões tidas como ativistas, desde que enviesadas no sentido de incluir ou tornar efetivo direitos e garantias, é certo que o mau uso do ativismo enseja críticas igualmente contundentes, fazendo com que o Judiciário encontre novas formas de validar suas decisões, tornando-as na medida do possível imunes as críticas, tal qual acontece nos casos que envolvem o modelo dialógico. Neste sentido:

Portanto, frente à discussão quanto aos limites e interferências do Judiciário, o Ativismo Dialógico tem sido visto como um meio apaziguador entre os críticos e os defensores desse papel interpretado pelos tribunais. Por não ter um caráter invasor, limitando a participação de cada poder, além de promover debates públicos sobre demandas socioeconômicas e mobilizando diversos atores sociais, essa leitura dialógica tem conseguido se ancorar nas Teorias Democrática e Constitucional” (CHAGAS *et. al*, 2015, p. 2610).

De fato, quando conclama aos demais participarem do processo decisório, como é o caso do ativismo judicial dialógico, por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, para o enfrentamento de questões nevrálgicas e estruturadas em razão da inércia de poderes e/ou administração pública, ou de ambos, tem-se evidente uma verdadeira mudança paradigmática de postura, mas sem perder de vista o objetivo principal, que é o de efetivar as previsões dispostas no texto constitucional, o que é vislumbrado não apenas em demandas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal²⁷.

Note-se que o STF vem trazendo a tona a discussão envolvendo o tema do Estado de Coisas Institucional, conforme se vislumbra, por exemplo, a partir do Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252, no qual o Ministro Barroso reconhece o estado de calamidade vivenciado pelo sistema carcerário brasileiro, o qual agrava de modo exponencial a pena imposta ao preso, vez que este cenário atenta a sua

²⁷ [...] os estudos empíricos apontam que o STF não teve o mesmo empenho na proteção de direitos fundamentais, sobretudo em relação a direitos de segunda e terceira geração, ao menos em termos quantitativos. Talvez esta postura mais tímida em relação à proteção desses direitos seja justificada por uma atuação proficiente das instâncias judiciais inferiores em relação a direitos fundamentais (LUNARDI, 2020, p.88)

integridade física e moral, chegando a conclusão de que a redução das penas é medida que se impõe, vez que assim estar-se-ia restabelecendo a “justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento”.

Ainda no respectivo voto²⁸, Barroso entende que o problema carcerário enseja intervenção por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, como solução efetiva ao problema crônico contabilizado também aqui no Brasil. Assevera:

[...] Por fim, é importante ter em conta que a solução proposta se justifica pelo caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções do sistema prisional brasileiro. Como se viu, o descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária. Trata-se de um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional, cuja superação é complexa e custosa e exige a execução de um amplo conjunto de medidas, articulado por todas as esferas de poder. É diante desse contexto que se afirma que a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos e que é preciso adotar um modelo de reparação alternativo, que opere de forma não pecuniária, por meio da remição da pena.

Perceba-se que no particular o pleito buscava indenização individual, mas corretamente, em nosso entendimento, a interpretação disposta no voto chama atenção para o problema coletivo, dando uma interpretação que pudesse beneficiar a coletividade. Não por acaso, ressalta o respectivo voto esta condição degradante contabilizada no sistema carcerário, sobretudo porque:

Este quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, vez que diversos direitos fundamentais dos presos, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral, (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Mesmo entendimento tem-se a partir do voto do Ministro Teori Zavascki²⁹, o qual demonstra de forma muito clara a necessidade de se considerar as condições

²⁸ Íntegra do voto disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/indenizacao-barroso.pdf>>. Acesso em 26 novembro 2020.

²⁹ Integra do voto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>>. Acesso em 16 janeiro 2021.

dos detentos, não servindo pura e simplesmente o argumento de que não cabe indenização pecuniária, ou que estas não resolveriam os problemas apresentados, mesmo porque é preciso assegurar o direito de buscar por reparação em caso de direitos violados pelo sistema carcerário. Neste sentido asseverou:

Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios. Ainda que se admita não haver o direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que obriguem o Estado a formular e implementar política pública determinada, certamente não se pode negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial.

Público e notório, portanto, que o problema carcerário diz respeito a uma coletividade, evidenciando um problema estrutural e que, por conseqüência, enseja uma solução igualmente estrutural, por meio do ativismo dialógico, assim definido como:

Ativismo Dialógico seria um estímulo para maior efetividade das decisões, tendo em vista a mobilização proporcionada em prol de um objetivo, além de não confrontar tanto o Princípio da Separação dos Poderes, ponto bastante levantado pelos críticos desse tipo de deliberação do tribunal, já que a parte de execução do plano proposto ficaria a cargo do poder competente. Sentenças dialógicas também proporcionariam o uso de mecanismos mais participativos, como audiências públicas, discussões entre sociedade e governo, sociedade e tribunal, que fomentam o diálogo democrático sobre direitos socioeconômicos e o papel de cada na garantia deles (CHAGAS *et. al.*, 2015, p. 2606).

Do conceito apresentado acima, tem-se claro que o ativismo dialógico é uma ferramenta que busca convergência entre os poderes no sentido de fazê-los trabalhar em prol da efetividade de algum direito, ainda não implementado em razão de problemas estruturais.

Malgrado as pesquisas demonstrarem a possibilidade de ativismo judicial sem que isso possa ser traduzido como riscos a democracia, desde que alinhadas ao propósito de efetivação de direitos, percebe-se que o modelo dialógico busca também reduzir eventuais atritos que possam acontecer, deixando muito aparente o respeito a divisão de poderes, e mais ainda, possibilitando a manifestação participativa da sociedade por meio de audiências públicas, o que acontece por meio da prolação da sentença dialógica.

Aliás, entenda-se por sentenças dialógicas

Aquelas que definiriam metas e caminhos de implementação por meio de prazos e acompanhamento do progresso das ordens proferidas, deixando as decisões mais importantes e detalhes das consequências para agências governamentais. Os impactos poderiam ser, talvez, tão relevantes quanto a imposição de ordens restritivas por parte do Poder Judiciário (CHAGAS *et. al.*, 2015, p. 2606).

Conforme vimos em linhas anteriores, mais precisamente a partir do exemplo Colombiano que buscou a resolução dos problemas carcerários naquele país de forma pura e simplesmente impositiva. Todavia, ciente dos resultados negativos colhidos neste particular, ou seja, ciente que a mera imposição de suas decisões não havia surtido o efeito esperado, o Judiciário daquele país vislumbrou a necessidade de uma atuação distinta, um novo papel, deixando de decidir pura e simplesmente para junto aos demais poderes e sociedade, passou a orientar e conduzir o processo de implementação de suas medidas.

Especificamente, em relação ao Brasil, parece claro o entendimento de que o modelo de ativismo judicial adotado, ou seja, dialógico, é o que mais atende as demandas fundamentais dispostas no texto Constitucional.

A modalidade de ativismo judicial que mais se aproxima do modelo constitucional adotado no Brasil é aquela que defende a via do ativismo dialógico, como ferramenta de promoção da igualdade de oportunidades e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Salutar lembrar que o Brasil possui um sistema constitucional mesclado entre o estado de bem-estar social e a busca do desenvolvimento econômico, que inevitavelmente, passa pela exploração das classes menos favorecidas (TROVÃO, MOLLICA, 2019, p. 106).

Conclusão que acontece em razão das demandas que deságuam no Judiciário, sendo certo que muitos deles decorrerem de fatos que a legislação pura e simplesmente não consegue solucionar, muito embora exista relevância temática suficiente para provocar instabilidade na sociedade. Daí decorre a necessária e correta interpretação, vez que dela depende o bem-estar da sociedade (TROVÃO, MOLLICA, 2019, p. 107).

Com efeito, “essas demandas acabam chegando ao judiciário, diante da inércia dos demais poderes, e desse modo surge o ativismo judicial dialógico, no qual são chamados ao diálogo todos os envolvidos, a fim de que seja encontrada a melhor solução para o problema”³⁰ (TROVÃO, MOLLICA, 2019, p. 108). Demais disso pondera:

³⁰[...] vê-se que a atuação do judiciário, seja por meio do exercício do controle de constitucionalidade, seja pelo ativismo judicial, são mecanismos que podem auxiliar no alcance da efetivação dos direitos,

É preciso compreender que num país plural como o Brasil, antes de haver a fiscalização das atividades dos outros poderes, existe a necessidade de bem exercer a função que lhes cabe constitucionalmente. [...] Nesse meio, o judiciário, quando provocado, atuará como mediador entre sociedade e Estado, de modo a buscar a melhor alternativa para solucionar o problema. As questões são complexas e exigem estudos perenes a respeito, porque além de serem situações que se renovam, está-se longe de encontrar uma solução adequada para todos os envolvidos. Diante de todas as premissas é possível dizer que a judicialização é uma questão social (TROVÃO, MOLLICA, 2019, p. 107).

Perceba-se a partir do conteúdo anterior que ao ser provocado em demandas reconhecidamente estruturais incumbe ao Judiciário assumir o papel de condução, delegando e cobrando as determinações feitas ao demais Poderes e sociedade, no sentido de buscar a solução efetiva, primando sempre pelo modelo dialógico e não dialético.

Neste sentido, também o entendimento de Peter ao afirmar que:

[...] O efeito dirigente impõe obrigações de todos os níveis, no plano de todas as funções de poder — administrativa, legislativa e judiciária — e exige ações direcionadas à concretização dos direitos fundamentais de todos os agentes, órgãos e funções estatais. Trata-se de consequência particularmente importante para a reflexão que se propõe no presente trabalho porque horizontaliza e descentraliza a tarefa de concretização dos direitos fundamentais da figura de apenas um dos poderes. Todos têm o mesmo dever e o mesmo direito de impor os direitos fundamentais às suas práticas de poder, o que desqualifica a própria defesa ou crítica da ideia de ativismo judicial (2015, p. 75).

Acerca deste compartilhamento de tarefas tem-se ainda:

No Estado de direitos fundamentais, diz-se que a tarefa de concretizar a Constituição busca um sentido substancial das normas constitucionais jusfundamentais, o que implica assumir que a mediação concretizadora da Constituição necessariamente há que ser uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária) e também entre estes e a sociedade civil organizada (PETER, 2015, p. 85)

De qualquer modo, o ativismo judicial serve minimamente para movimentar os demais poderes no caminho da concretude dos direitos fundamentais, sobretudo quando visto a partir das lentes do ativismo constitucional. Neste sentido:

O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais

mormente sejam constantemente atacados por serem imperativos em seus mandamentos. O que se vê, nesse sentido, é que há uma verdadeira medição do quem pode mais, quando na verdade, o que se deveria fazer é unir forças em benefício do melhor esforço para consecução dos objetivos postos em juízo (TROVÃO, MOLLICA, 2019, p.108).

jusfundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz. O deslocamento de um ativismo judicial para um ativismo constitucional propõe olhar a prática ativista como inerente às funções de poder exercidas há mais de dois séculos no contexto do Estado constitucional. Isso significa enfrentar todos os problemas advindos das práticas judiciais invasoras ou positivas — registrando aqui oposição às práticas judiciais autocontidas e negativas — pelo olhar ideológico intransigentemente comprometido com a dogmática dos direitos fundamentais; pelo olhar teórico de um constitucionalismo forte que se apresenta como alternativa teórica ao positivismo jurídico clássico (final do século XIX e primeira metade do século XX) e, finalmente, pelo olhar metodológico de práticas concretizadoras comprometidas com a máxima eficácia das normas constitucionais jusfundamentais (PETER, 2015, p.77).

Este compartilhamento de tarefas no sentido de efetivação dos direitos e garantias é notadamente claro, o que conduz uma aproximação entre os poderes em prol de um mesmo objetivo.

A proposta de uma interdependência, como se vê, não é nova. O que pode ser considerada novidadeira é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador. Explico melhor: no Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora. (PETER, 2015, p. 71).

Ao tratar da ascensão do novo ativismo judicial, bloqueio institucional e a justificativa para o ativismo do judiciário em prol da efetivação de direitos e garantias, Garavito e Franco ressaltam que:

O novo ativismo judicial, portanto, parte da constatação de situações recorrentes de bloqueio institucional ou político que impedem a efetivação de direitos. Nesses casos, frequentes nas democracias contemporâneas, o Judiciário, mesmo que não seja a instância ideal, ou seja, dotado de todas as ferramentas para cumprir a tarefa, aparece como o único órgão do Estado com independência e poder para sacudir tal estagnação. Em suma, se o ativismo judicial opera nas circunstâncias e por meio dos mecanismos apropriados, seus efeitos, ao invés de serem antidemocráticos, são dinamizadores e promotores da democracia³¹ (2010, p.39, tradução livre).

De qualquer modo, o que resta evidente e causa espanto é o fato que os casos envolvendo problemas estruturais não acontecem em razão da insuficiência

³¹El nuevo activismo judicial, por tanto, parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporâneas, la judicatura, aunque no sea la instancia ideal o esté dotada de todas las herramientas para cumplir la tarea, aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para sacudir semejante estancamiento. En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia.

de políticas públicas. Ainda pior, decorrem, em regra, da literal ausência das mesmas (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 40-41, tradução livre)³².

Nesta toada, ao tratar da jurisdição constitucional, Morais ressalta que os insucessos quanto a implementação do Estado Social, assim como os custos relativos ao sucesso das políticas sociais e das crises que envolvem a economia capitalista fomentam a busca pela jurisdição na esperança que esta, por exercer a função de garantia, entregue aquilo que é fruto de promessas não cumpridas, ou mesmo de anseios trazidos por nova demandas, evidenciando a tensão contabilizada entre o projeto de Estado Social e o modelo de Estado que se sobrepõe ao primeiro (2011, p. 60-62).

Em verdade, a democracia figura como inclusão enquanto o capitalismo fomenta a exclusão, levando ao confronto de interesses que acaba sendo levado ao Judiciário que figura como espaço privilegiado, mas exercendo a função de Estado e dentro de seus limites, busca efetivar os compromissos constitucionais assumidos. Em verdade, tem-se de concreto que mesmo o processo de democratização e o melhoramento no acesso a Justiça contabilizado ao longo do tempo não foi suficiente para efetivar as promessas constitucionais (MORAIS, 2011, p. 60-62).

Neste contexto, aliás:

[...] a disputa pela efetivação de direitos – os sociais, sobretudo – pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se, assim, um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo – da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta, hoje, em projetos de reforma, desconstrução, fragilização e, até mesmo, eventualmente, retomada do Estado e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites de sua jurisdição -, em busca das promessas perdidas, submetida, agora, à exaustão de suas fórmulas. [...] Ou seja, o debate entre função de governo e função de garantia, remodelando a clássica tripartição de funções (MORAIS, 2011, p. 62).

Para além do que restou disposto, a discussão acerca do ativismo dialógico debate ainda os limites que envolvem os conteúdos constitucionais, evidenciando o embate entre temas importantes como o mínimo existencial e a reserva do possível, envolvendo demandas que orbitam em torno da dignidade da pessoa humana. A

³²“Uno de los hallazgos más impactantes de los estudios sobre casos estructurales es que, con frecuencia, la violación masiva de derechos se debe no tanto a la insuficiencia de las políticas públicas, sino a la realidad, aún más grave, de la ausencia total de políticas públicas que merezcan ese nombre”.

rigor, o modelo de Estado resta assentado num viés econômico, ou seja, capitalista, e que, consoante demonstrado em linhas anteriores, não tem como pretensão a inclusão social (MORAIS, 2011, p. 63).

Reflexão que enseja um pequeno comentário acerca do sistema de governo, fator que deve ser considerado. Neste sentido, ao tratar do modelo presidencialismo de coalizão e da atuação do poder Judiciário, Lunardi ressalta que notadamente “em democracias menos maduras e com mais problemas de corrupção política e/ou concentração de poder, diversos autores defendem uma maior atuação do Judiciário, para corrigir essas disfuncionalidades democráticas” (2020, p. 87).

Assim, em “contextos de democracias frágeis, é possível observar que as elites políticas comumente buscam alterar regras constitucionais e infraconstitucionais para, por exemplo, reduzir a competição política, corroer os direitos individuais” (PARTLETT, 2015, p. 921-949 *apud* LUNARDI, 2020, p.87).

Em complemento, Lunardi ressalta que estas manobras compreendem objetivos muito claros em prol de interesses próprios, entre eles:

[...] aumentar o aporte de recursos estatais para fundos partidários e aprovar medidas de interesse de grupos econômicos que financiam campanhas eleitorais. Em tais situações, fica difícil não concordar que o Judiciário deva ter uma postura mais ativa nas questões de natureza política, sobretudo para corrigir as disfunções na democracia (2020, p. 88).

De qualquer modo, resta suficientemente clara a partir das pesquisas a importância do ativismo judicial dialógico quanto a efetivação de direitos e garantias assegurados constitucionalmente, e não menos importante, a iniciativa de convocar os demais poderes e a sociedade para em conjunto trabalharem numa solução adequada.

Mesmo porque, conforme ressaltou Cappelletti em passagem anterior, o Estado só é forte quando todos os poderes o são e trabalham juntos na solução dos problemas que surgem, buscando sempre dar cumprimento efetivo de seus deveres, de modo a assegurar aos cidadãos a efetividade dos direitos e garantias construídas a duras penas ao longo de todo o processo demonstrado na pesquisa.

CONCLUSÃO

A partir dos objetivos traçados neste trabalho, pretendeu-se demonstrar o papel dispensado pela teoria crítica do direito no processo de consolidação de direitos e garantias previstos no texto Constitucional.

De fato, restou demonstrado no capítulo 1 que a teoria crítica impôs severos questionamentos acerca do modelo de regras hermeticamente considerado, haja vista que mesmo per si não era suficiente para atender as demandas que lhe eram apresentadas, tampouco atender as demandas que surgem com as mudanças contabilizadas pela sociedade, notadamente quando se considera movimentos com a globalização.

Não por acaso, mesmo após o processo de constitucionalização ocorrido após a segunda-guerra, direitos e garantias constitucionalmente assegurados não estavam sendo efetivamente validados, lançando camadas da sociedade ao descaso e a própria sorte.

Nestes termos, o referido modelo surgido na década de 70 cobra dos poderes maior atenção ao cumprimento das previsões constitucionais, invocando o Poder Judiciário para que atuasse de modo contundente no sentido de efetivar direitos e garantias, sobretudo os coletivos, valendo-se de uma hermenêutica que considerasse em suas decisões questões sonegadas pelos demais poderes. Ou seja, uma interpretação ampliativa.

De modo evidente, restou demonstrado que a atuação do Judiciário sofreu exponencial mudança paradigmática, de modo que este passa a atuar de forma mais contundente no sentido de se fazer cumprir o teor inserido nos textos constitucionais a partir do fenômeno da constitucionalização.

Com efeito, o Judiciário deixa de ser mero ator administrativo e ao lado dos demais poderes assume função de materializar as previsões dispostas. Afinal, como bem disse Cappelletti, o Judiciário é ao lado dos demais poderes igualmente responsável pela efetivação dos direitos e garantias previstos, de modo que o sucesso ou a ruína deveria ser atribuído a todos os poderes, reconhecidamente fortes quando trabalham unidos nos propósitos constitucionais.

Por certo que o movimento crítico instaurado foi de grande valia, haja vista sua importância no sentido de demonstrar a sociedade como um todo a gama de direitos e garantias dos quais eram detentores, assim como é necessário reconhecer

a importância do papel exercido no sentido de cobrar dos demais poderes o cumprimento efetivo de suas atribuições e compromissos.

Por sua vez, o capítulo 2 remonta a contundente atuação proativa do Judiciário em questões pontuais e de relevância social, o que lhe conferiu grande destaque e o lançou ao protagonismo. Trata-se do fenômeno reconhecido como ativismo judicial.

Destaque-se por necessário, que o referido fenômeno surge em razão da inércia contabilizada pelos demais poderes, os quais perdem de vista os deveres de cumprimento aos propósitos constitucionais, restando ao Judiciário tomar medidas negligenciadas, e em muitos casos sendo inclusive acionados por estes, que se furtam a exposição temendo prejuízos eleitorais.

Com efeito, o referido movimento ativista sofre duras críticas de intensidade idêntica, estas assentadas num tripé que questiona a suposta falta de legitimidade democrática; a politização da justiça e falta de capacidade institucional do judiciário, sustentando que tais riscos maculam as decisões reconhecidas como ativistas.

Entretanto, o que a pesquisa demonstrou é que condenar pura e simplesmente ativismo judicial em razão de algumas decisões diametralmente opostas ao projeto lançado pela teoria crítica, que é o de reconhecer, incluir e efetivar direitos e garantias, não parece justa quando considerado a importância dos direitos tratados nas decisões tidas como ativistas, tais como aquelas que remontaram por anos a questões dos medicamentos ou greve do servidor público.

Perceba-se neste sentido que existem sérias doutrinas tratando o novo papel conferido aos magistrados e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal como guardião do texto Constitucional. Não por acaso, temos dispostas nas palavras de vários Ministros do Supremo apontados neste trabalho a conclusão de que a postura do Judiciário atual enseja comportamento distinto ao modelo ortodoxo de outrora que era utilizado para a interpretação de temas Constitucionais.

Um a um, o trabalho apresentou argumentos rechaçando as três críticas apontadas como suficientes para condenar ao desuso a prática do ativismo judicial, mas que não justifica a inércia dos demais poderes e tampouco sugere formas de efetivar integralmente as previsões Constitucionais, notadamente quando estar-se-á a tratar de temas espinhosos que não conferem ganhos sob o prisma eleitoral, numa desvirtuada atuação do Executivo e Legislativo, mais preocupada com interesses estranhos ao papel de representação para o qual foram indicados, deixando de lado,

por exemplo, a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, ou mesmo fazer frente a movimentos que possibilitem a reorganização do sistema carcerário, problema estrutural que aflige o Brasil como um todo.

Tratando especificamente de problemas estruturais, o capítulo 3 remonta a nova fase da teoria crítica, a saber, a ativismo judicial dialógico. Com efeito, referido modelo evidencia a proatividade do Judiciário em buscar soluções efetivas para problemas coletivos, ou seja, estruturais, valendo-se para tanto do diálogo institucional, situação onde convoca os demais poderes e a sociedade para juntos construírem a solução, a partir de uma decisão que declara o “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Trata-se efetivamente do modelo dialógico importado da Colômbia, que tendo falhado em sua primeira aplicação prática, mostrou-se exitosa na segunda oportunidade, o que rebate de antemão as críticas feitas em território brasileiro acerca de sua efetividade.

Note-se que no Brasil a provocação acontece em razão da iniciativa de um partido político em resposta ao precário sistema carcerário brasileiro. De fato, as péssimas condições comprovadas motivam a Corte a declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais, vez que na condição de guardião da Constituição, incumbe a ela assegurar o mínimo existencial aos que se encontram encarcerados.

Processo que, seguindo exemplos exitosos, carregam a parte dispositiva com determinações que devem ser cumpridas passo a passo, sem perder de vista os cronogramas fixados, competências e aprovações do envolvidos, inclusive da sociedade, tudo sob a coordenação do poder Judiciário.

Em verdade, mesmo no ativismo judicial dialógico é possível vislumbrar um papel importantíssimo do Judiciário, vez que incumbe a este tornar possível o cronograma de regras que possibilitarão o reconhecimento do direito e garantias, notadamente em tratando de temas sensíveis onde os demais poderes não querem ser protagonistas por visualizarem riscos aos próprios interesses, conforme tratamos a pouco.

Assim, o ativismo judicial implementado pelo Judiciário ganha nova roupagem, mas não deixa de exercer o papel proativo em suas decisões, que decidindo de forma ampliativa e nos limites da Constituição assegura o exercício de direitos e garantias previstos no mesmo documento. Com efeito, referido modelo

amplia o alcance, atingindo agora a coletividade prejudicada com decisões melhor construídas e definitivas

Importante considerar que ao conduzir o processo coletivo de elaboração de regras, submetendo-as às consultas e as homologando-as, por consequência, não nos parece que o Judiciário esteja perdendo força, mas ao contrário, demonstra igual força no processo de construção e efetivação de direitos e garantias.

Conclui-se desta forma que o modelo atual privilegia o diálogo e a não a dialética, saindo de um modelo onde as decisões são isoladas para um modelo onde a decisão é dialogada e resolvida a partir de uma construção conjunta, e muito embora a tendência seja de manter-se o protagonismo do Judiciário em razão deste “coordenar o processo”, é preciso considerar que o Estado é um só, formado pelos três poderes, e o Estado só é forte efetivamente se todos individualmente o forem, conforme asseverou Cappelletti.

Assim, pública e notória a importância da teoria crítica, que moldando-se as necessidades da sociedade, colaborou – e colabora - de forma importante e direta na consolidação de direitos e garantias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Poder Judiciário e Argumentação no Atual Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Lacunas Jurídicas e Direito: a função judicial estabilizadora da decisão jurídica. – 1º ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 6º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAQUERO, Marcello; RANINCHESKI, Sônia; CASTRO, Henrique Carlos de O. de. A formação política do Brasil e o processo de democracia inercial. In: REVISTA DEBATES, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 87-106, jan.-abr. 2018. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/81460/47912>>. Acesso em 30 de julho de 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. – Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 25 Jul. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 19 Julho 2019. [2009]

BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 864-939, set./dez. 2013. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2813/pdf>>. Acesso em 30 de Julho de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6º edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. In Revista de Cultura e Política. Ano 2004, nº 261. São Paulo: Lua Nova, 2004.

BOBBIO, Norberto, 1909 - A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7º Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. In *Revista Brasileira de Direito*, 11(1): 124-134, jan.-jun. 2015.

CAMBI, Eduardo. Protagonismo Judiciário Responsável. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 83-97, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215/214>>. Acesso em: 25 jul. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v16i16.215>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 10 dezembro 2021.

CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alves de Oliveira. Editora Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre: 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da "Justiça Constitucional". Tradução: Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, Outubro/2001. Acesso em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/71892/40768>>. Acesso em 30/01/2020.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 15/12/2020.

CHAGAS, Tayná Tavares, *et al.* Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos Colombiano e Brasileiro. *Quaestio Juris*. vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2596-2612. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/viewFile/20941/15320>>. Acesso em 10 dezembro 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v., p. 34-53.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

COELHO, Luiz Fernando. Saude do Futuro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. Aulas de Introdução ao Direito. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. Direito Constitucional e filosofia da constituição. Curitiba: Juruá, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito: uma aproximação macrofilosófica. Curitiba: Bonijuris, 2019.

COELHO, Luiz Augusto de Toledo. Responsabilidade Civil pré-contratual em direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2008.

CORRÊAS, Óscar. Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. Tradução: Celso Luiz Ludwig. Revista InSURgência | Brasília | ano 1 | v.1 | n.1 | jan./jun | 2015. Disponível em: <<https://www.periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/download/18792/17472/>>. Acesso em 18 janeiro 2021.

DA SILVA, Rodrigo Monteiro. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 7. N. 1. 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4251/pdf>>. Acesso em 19/07/2019.

DIAZ, Alejandro Arango. Del Estado de Cosas Inconstitucional. Disponível em: <<http://derechojusticiaypaz.blogspot.com/>>. Acesso em 17 de janeiro 2021.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. Democracia representativa no Brasil: breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político. In. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 225-239, jan./jun. 2017. Disponível em <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/327/263>>. Acesso em 30 de julho de 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. (1994). O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. Revista USP, (21), 12-21. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21>. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>>. Acesso em 29 de julho de 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. – São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 33^o ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out. 1994. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407>>. Acesso em: 28 Jul. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v198.1994.46407>.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. Revista internacional de filosofía política. Año 2001, Número nº 17. 31-46. Disponível em: <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>>. Acesso em 30/11/2020.

FREITAG, Bárbara. A teoria Crítica Ontem e Hoje. 5ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento: o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: Más allá del desplazamientos políticos: políticas, derechos y superación del desplazamiento en Colombia / Cordinador César Rodríguez Garavito, Juan Carlos Guataqui... [et al]. – Bogotá: Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia / Rodríguez Garavito César y Diana Rodríguez Franco. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GEUSS, Raymond. Teoria Crítica: Habermas e a Escola de Frankfurt. Campinas: Papirus, 1988, *Apud* WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Crítico Moderno. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2009. 5ª Ed. revista e atualizada.

GRAU, Eros Roberto. Novo ministro do STF defende Estado mais forte na economia. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2806200418.htm>>. Acesso em 14 de Agosto de 2020.

HESPANHA, Antonio Manuel. Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2013.

HESPANHA, Antonio Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013.

HERKNHOFF, João Baptista. Movimentos Sociais e Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Schneider Van Der. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. In: Direito, Estado e Sociedade n. 53 p. 147 a 181 jul/dez 2018. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/827>>. Acesso em 10 dezembro 2021.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. In: Revista de informação legislativa, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 18 janeiro 2021.

LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro. SOUZA, André Peixoto de. O Estado de Coisas Inconstitucionais Sob a Perspectiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. In: Caderno da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança. Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 236-262, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.uninter.com/cadernosuninter/index.php/ESGPPJS/article/viewFile/729/536>>. Acesso em 17 de janeiro 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. – São Paulo. LTr: 2012.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski na presidência do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013. 8 f. STF Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em: 6 mar 2020.

LUCAS, Anna Caroline Klamas de. Estado, Poder e Gestão. – Curitiba: Instituto Federal do Paraná, 2012.

LUDWIG, Celso Luiz. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e a Política no STF. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. O Ativismo Judicial e a Intervenção do Poder Judiciário: A Limitação dos Orçamentos Públicos e a Garantia do Direito Fundamental à Saúde. Revista Jurídica (FURB) ISSN 1982-4858. v. 21, n. 44 (2017). Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/6713>. Acesso em 17 de abril 2019.

MAZAROTTO, Eduardo Brugnolo; QUADROS, Doacir Gonçalves de. Ações afirmativas e judicialização da política: um olhar baseado na teoria de John Rawls. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/14232>>. Acesso em 10 de novembro 2020.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Da Tripartição de Poderes ao Estado de Coisas Inconstitucional e “Compromisso Significativo” A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 15, p. 11-34, dec. 2016. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1654>>. Acesso em 11 de janeiro 2021.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos. 2º ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Revista do Advogado Editora, 2011.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Seguridade social, mínimo existencial e ativismo judicial. In: Revista de Políticas Públicas. v.2. N.2. (2016). Disponível em <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/6354/3983>>. Acesso em 29 julho 2019.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo Judicial: qual é o limite do Poder Judiciário. Revista IBRAJUS - Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=373>>. Acesso em 31 de julho de 2019.

PETER, Cristiane Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3094>>. Acesso em 17 de dezembro 2020.

PETIÇÃO Avulsa na Extradicação n. 1085 / Reclamação n.11243. Voto do Ministro Luis Fux, p. 33. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019

POPPER, Karl. A Lógica da Pesquisa Científica. 2ª edição. Tradução Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27º Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES SOCIAIS E CRISE: ALGUMAS APROXIMAÇÕES. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11320/2/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_A_PRESTACOES_SOCIAIS_E_CRISE_ALGUMAS_APROXIMACOES_FUNDAMENTAL_RIGHTS_TO_SOCIAL_BENEFITS_AND.pdf>. Acesso em 29 de julho 2020.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3º edição. São Paulo, Malheiros, 2009.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Direito, Judiciário e Política: um diálogo mais que necessário. In: Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Org. LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman; ALMEIDA NETO; Manoel Carlos. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STEIN, Ernildo. *Crítica da Ideologia e Racionalidade*. Porto Alegre: Movimento, 1986, p. 102. Apud WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Crítico Moderno*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, André Ramos. *Um Novo Olhar Sobre o Sistema de Justiça Para o Brasil*. In: *Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski*. Org. LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman; ALMEIDA NETO; Manoel Carlos. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TROVÃO, Lidiana Costa de Sousa; MOLLICA, ROGERIO. *Ativismo Judicial Dialógico e os desafios da Aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. Revista. In: *DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | v. 5 | n. 2 | p. 96 - 118 | jul./dez. 2019*. Acesso em 12 janeiro 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *et al. Diálogos Institucionais e Ativismo*. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2012.

VALDES, Ernesto Garzon. *El papel del poder judicial en la transición a la democracia*. *Isonomía*, México, n. 18, p. 27-46, 2003. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100002&lng=es&nrm=iso>. accedido en 18 enero 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Crítico Moderno*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.