

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSOS ESTRUTURAIS E O EQUILÍBRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria de Fátima Monteiro de Barros Mourão

MARIA DE FÁTIMA MONTEIRO DE BARROS MOURÃO

PROCESSOS ESTRUTURAIS E O EQUILÍBRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Orientador:

Prof°. Guilherme Kronemberg Hartmann Coorientadora:

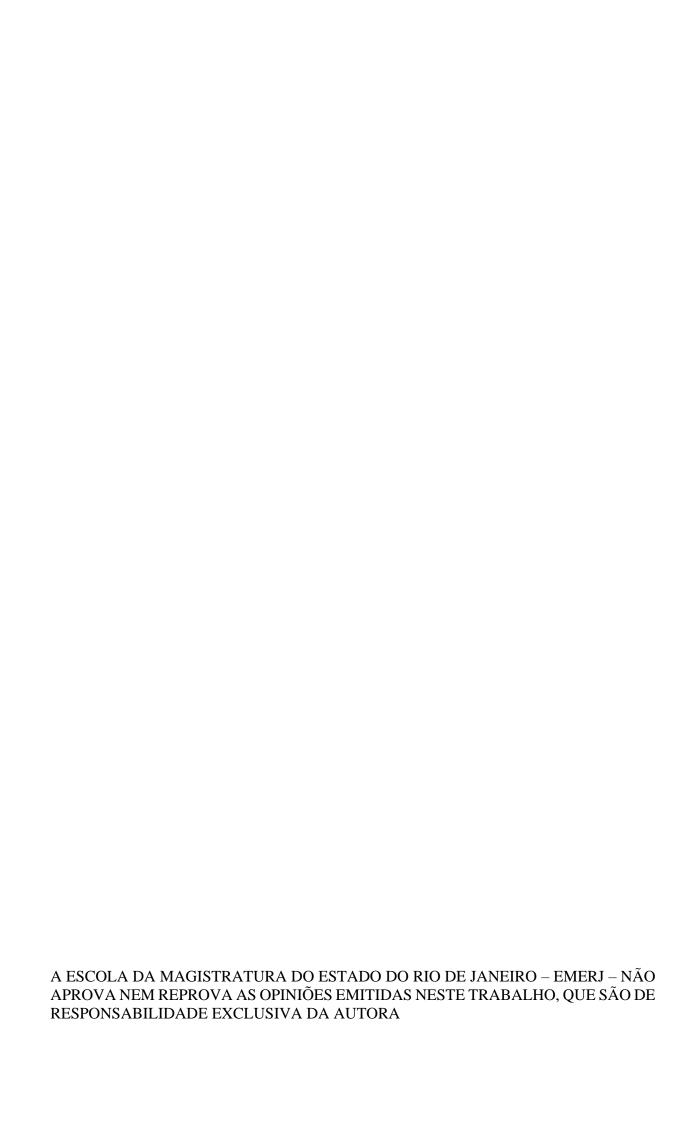
Prof^a. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

MARIA DE FÁTIMA MONTEIRO DE BARROS MOURÃO

PROCESSOS ESTRUTURAIS E O EQUILÍBRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em	_de	de 2021. Grau atribuído:
BANCA EXAM	INADORA:	
Presidente: Deser do Rio de Janeiro	•	io Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
Convidado: Prof Janeiro – EMER.	•	onseca Neto– Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Orientador: Prof. Rio de Janeiro –		nemberg Hartmann – Escola da Magistratura do Estado do



À minha mãe, Conceição Monteiro de Barros, minha grande incentivadora, de uma inteligência ímpar, exemplo de vida, que me ensinou a sempre galgar melhores patamares do sucesso, mostrando que eu podia ser sempre mais, meu porto seguro, meu amor maior.

Ao meu pai, Plínio Monteiro de Barros, que com sua sabedoria, esculpiu em mim os valores morais, o amor à família, a nobreza que veio do sangue, a obstinação pelo trabalho, o equilíbrio em todas as situações e, principalmente me ensinou a ser forte. Meu Pai, meu herói.

Ao meu marido, Carlos Alberto Mourão, que sempre me dá forças, que não me deixa titubear, sempre me estendendo a mão quando preciso, sempre otimista, paciente e amoroso, acreditando no meu potencial.

Ao meu filho Leonardo Monteiro de Barros Mourão, meu tesouro, meu orgulho, esmerando-me em ser exemplo a ser seguido, no caráter, nos estudos e no trabalho.

Ao meu querido primo e professor Sylvio Capanema de Souza (*in memorium*), a minha gratidão por todo o apoio e incentivo ao longo de toda a minha trajetória na EMERJ e na minha vida profissional.

Aos meus eméritos professores, que contribuíram para o aprofundamento do meu conhecimento e pelo compartilhamento do saber.

A todos vocês dedico esta minha conquista.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu pai eterno, pelo privilégio da vida, que me guia e me ilumina, sempre presente, abençoando todos os meus passos, em toda a minha caminhada neste mundo.

A toda minha família que, com sempre me apoiaram, me incentivando a buscar sempre a excelência em tudo que faço ou que me proponho a fazer, rumo à vitória.

Aos amigos e colegas, que acreditam no meu potencial e torcem para que eu atinja meus objetivos.

Ao meu orientador, Prof^o Guilherme Hartmann, pelo carinho e condução do meu trabalho.

A todos aos queridos professores e demais colaboradores do curso, que contribuíram direta ou indiretamente para na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Em especial, à professora Néli Fetzner (*in memorium*), coordenadora de metodologia da pesquisa e didática do ensino superior, que nos deixou partindo para outra vida, no decorrer deste curso, pela grande contribuição acadêmica prestada a Emerj e a todos nós pós-graduandos.

Meu agradecimento e minha estima, a professora Monica Cavalieri, Claudia Carreiro e Tarcila pelo apoio, carinho, compreensão e incentivo que fizeram possível a conclusão desta monografia.

Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar."

(MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, Livro XI, Capítulo XX)

SÍNTESE

O Ativismo Judicial traduz uma postura positiva e proativa do Judiciário, almejando que a efetivação de suas decisões, nas sentenças proferidas, seja efetivada homenageando a concretização dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal promulgada em 1988. Aliado ao Ativismo, tem-se a judicialização, fenômeno observado no Brasil após a Constituição de 1988, que tem por objetivo trazer ao Judiciário questões políticas e sociais para serem decididas, cuja competência emana dos poderes Legislativo e Executivo, não implementadas e não cumpridas por estes, atribuindo ao Judiciário poder para decidi-las, diante da inércia desses dois poderes, quer seja por omissão, ou por descaso com as políticas públicas. A judicialização transfere aos juízes e tribunais poderes que são inerentes ao Executivo e Legislativo. Tem-se como escopo deste trabalho o estudo do Ativismo Judicial Positivo, para implementação das políticas públicas sociais, com o intuito de dar efetividade à concretude dos direitos fundamentais, diante do abismo entre a realidade social e o ideal constitucional. É neste contexto fático que surge a atividade suplementar do Poder Judiciário, exaurindo sua atividade judicial, mediante a evidente retração dos Poderes Executivo e Legislativo em implementarem as políticas públicas, assumindo o Poder Judiciário o papel relevante de transformação do ideal constitucional em real. Neste sentido, quer-se demonstrar que o Ativismo Judicial se propõe a atribuir aos juízes uma responsabilidade adicional, empenhando-se na garantia de que suas decisões tenham efetividade em prol da concretização dos direitos fundamentais, garantindo a efetivação das políticas públicas, portanto, trazer à baila que o ativismo é uma necessidade, face a inércia dos poderes Legislativo e Executivo. De outro norte, atestar que o contramajoritarismo está em consonância com a democracia, proporcionando a efetiva concretização dos direitos malogrados pelo Legislador. Assim, contextualiza-se que o Ativismo Judicial se apresenta como um propulsor de uma atuação mais efetiva do Judiciário, garantindo que a Constituição tenha uma direta aplicação às situações não contempladas no texto constitucional, mesmo sem a inferência do poder Legislativo. Uma atuação direta contra os atos poder Legislativo que ofendam e violem a Constituição, inconstitucionalidade. Ao Poder Público torna-se impositiva a efetivação ou a abstenção de deveres de ordem pública.

PALAVRAS- CHAVE: Ativismo Judicial; Separação dos Poderes; Judicialização; Processo Estrutural; Concretização dos Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ATIVISMO JUDICIAL E A CRISE DO ESTADO BRASILEIRO	13
1.1. Origem histórica do Princípio da Separação dos Poderes	
1.2. Origem, conceituação e fases do Ativismo Judicial no Brasil	
1.2.1 O <i>Habeas Corpus</i> como garantia da proteção da liberdade do indivíduo	
1.3. Diferenças entre Judicialização da política e Ativismo Judicial	
1.5. Posição ativista do STF e sua implicação na separação dos poderes	
1.5.1. O ativismo judicial praticado pelo STF	
1.5.2. Implicações da posição ativista na Separação dos Poderes	46
2. FACETAS DO ATIVISMO JUDICIAL	50
2.1. Papel do Judiciário face às omissões inconstitucionais	
2.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	
2.1.2. Mandado de Injunção	
2.1.3. Mandado de Injunção Coletivo	
2.1.4. Diferenciação entre Mandado de Injunção e Ação Direta de	
Inconstitucionalidade	71
2.2. Papel do Judiciário frente às políticas públicas	
2.2.1 Tutela Coletiva para controle e implementação de políticas públicas	
3. O PROCESSO ESTRUTURAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	78
3.1. O Fenômeno do Estado das Coisas Inconstitucionais	
3.2. Decisões e Medidas Estruturais	
3.3. A efetivação dos direitos fundamentais sob a ótica do Ativismo Judicial	
3.4. Ponderação da reserva do possível x garantias constitucionais	
3.5. Case ação civil pública do Carvão em Santa Catarina	
3.6. Case ação civil pública sobre Lotação de Presídios	
5.0. Case ação civii publica sobre Lotação de Hestutos	103
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	118

SIGLAS E ABREVIATURAS

ACP Ação Civil Pública

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ADCT Atos e Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF Ação Direta de Preceito Fundamental

AI Agravo de Instrumento

ART. Artigo

LINDB Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

CP Código Penal

CRFB/88 Constituição da República Federativa do Brasil

HC Habeas Corpus

MI Mandado de Injunção

Min. Ministro Nº Número

REsp Recurso Especial

SGA Sistema de Gestão Ambiental STF Supremo Tribunal Federal STJ Supremo Tribunal de Justiça

VS Versus

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário vem, ao longo do tempo, apresentando à sociedade uma postura proativa, ao proferir decisões efetivas em prol dos direitos fundamentais, em especial, do direito à vida, insculpidos na Carta Magna de 1988, essencialmente política, em que o princípio da autocontenção vem se esvaindo, para dar lugar ao fenômeno da judicialização da política.

Surge com o advento da Constituição de 1988 uma nova ordem constitucional, que amplia o acesso ao Judiciário. Novas competências são estabelecidas, desbravando o direito constitucional novos campos de atuação.

Desta feita, o STF passou a ter novas atribuições, isto é, o controle na esfera judicial dos atos legislativos e executivos, abarcando e dirimindo questões políticas, antes fora de seu controle judicial.

O legislador originário, diante de uma nova arquitetura constitucional, deu aos Tribunais Superiores competência para resolver nos mais diversos cenários, conflitos de qualquer natureza, constituindo assim, uma atividade anômala de cunho político.

Ao repassar para o Judiciário essa atribuição, visa-se buscar solução para os conflitos da sociedade face à omissão do Estado, surgindo para tanto, a missão de encontrar o bem comum, sendo esta a premissa precípua da política.

Tema de alta relevância para todos que operam com o direito, visando buscar uma compreensão para o real papel do Poder Judiciário sobre o enfoque da Judicialização da Política e das Relações Sociais, tendo como marco histórico a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988.

Com um olhar voltado para o Neoconstitucionalismo e para o Pós-Positivismo extrai-se o conceito de Ativismo Judicial, sua evolução, suas origens, como também as correntes sociológicas e filosóficas que o definem, de tal modo a justificar o papel do Juiz na contemporaneidade, diante da nova realidade constitucional. Essa nova realidade constitucional, cuja necessidade impositiva de se criar um protagonismo judicial eficaz, para assegurar a concretização dos Direitos Constitucionais Fundamentais, aplicando seus princípios e dando-lhes um tratamento baseado na Hermenêutica Jurídico-Constitucional.

No cenário atual, o déficit democrático causado pela inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, que por longas datas não vêm cumprindo com o seu papel constitucional, aliado à falta de representação de minorias no Congresso Nacional, tornam o Judiciário o poder contramajoritário, abarcando para si os anseios e as insatisfações da sociedade, tornando o Supremo Tribunal Federal um verdadeiro guardião da Constituição Federal.

Diante da consolidação da realidade brasileira, depreende-se que o Ativismo Judicial tem sido alvejado pelas críticas, sob o ponto de vista de poder acarretar riscos à democracia, como por exemplo, por ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, sob o crivo da falta de legitimidade do Poder Judiciário ao usurpar suas competências para tratar de assuntos de ordem política inerentes aos demais Poderes.

Tal problematização acerca da constatação da violação da separação dos poderes, vem à baila, toda vez que os Tribunais, na tomada de decisões, em seu caráter originário, judicializam a política, afetando de modo significativo as ações políticas, ou até mesmo as questões que deveriam ser solucionadas na esfera política.

Nesse contexto, surgem duas correntes, uma que atesta a proatividade judicial, denominando o fenômeno como ativismo judicial positivo, temporizando o espaço entre o fato e a norma, aplicando-se o justo concreto, em contraponto com a outra corrente que entende ser tal atitude uma ofensa expressa à divisão dos poderes, ou seja, uma desconstrução do sistema tripartite da separação dos poderes.

No Estado Brasileiro, a separação dos poderes está insculpida em nossa Constituição, com o status de cláusula pétrea, conforme preconiza artigo 60, § 4°, III, porém esse status vem sendo mitigado, diante da recorrente tendência de buscar a tutela jurisdicional para a resolução dos conflitos sociais, muito embora essas soluções devam partir do Executivo e Legislativo, levando aos magistrados a acumularem as atribuições de legislar, executar e julgar.

O desafio é rever o Princípio da Separação dos Poderes, de modo a se chegar a uma nova concepção que atenda ao contexto fático vivenciado, qual seja, de um lado a garantia à efetivação dos direitos fundamentais e, de outro norte, que as políticas públicas sejam implementadas de modo a atender às necessidades sociais, individuais e coletivas.

Na seara atual, o poder Legislativo e o Executivo têm-se mostrado omissos quanto à garantia pelo Estado da concretude das políticas públicas sociais, que garantam os direitos fundamentais, impossibilitando sobremaneira ao cidadão brasileiro exercer seus direitos, e, portanto, exsurge a figura dos juízes ativistas que prolatam sentenças em conformidade com a lei.

Destarte, a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo elevam o Poder Judiciário à condição contramajoritária, tornando-o um poder preponderante e autoritário, na medida em que se posiciona como um Poder Ordenador.

De acordo com art. 5°, inciso XXXV da Constituição Federal, a lei não poderá excluir a apreciação do judiciário de ameaça ou lesão a direito, homenageando o Princípio da Inafastabilidade da jurisdição. Temos também como embasamento a esse princípio, o disposto

no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) — Decreto-Lei nº 4657/42: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

O presente estudo visa entender as bases doutrinárias de Montesquieu, quando este criou a Teoria Clássica de Tripartição dos Poderes, hoje, substancialmente modificada, de modo que atualmente, sua construção é bem diferente da originária.

A relevância do estudo se norteia no fato da ampliação das atribuições e deveres do Estado, levando o Poder Judiciário a uma atuação longa *manus*, na medida em que esborda sua competência, na busca da efetivação dos direitos fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna de 1988, quer seja pela omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, quer seja pela violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

1. ATIVISMO JUDICIAL E A CRISE DO ESTADO BRASILEIRO

De uns anos para cá, emergiram vários debates sobre a atuação do Poder Judiciário no cenário político do Brasil. O Supremo Tribunal Federal e os juízes têm desempenhado uma função proativa no contexto institucional da sociedade, suprindo as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e mais, criando novos direitos não contemplados até então na atual Constituição.

O Poder Judiciário passou a ser o protagonista de decisões em questões de grande alcance político, implementando políticas públicas e garantindo a concretização de direitos fundamentais esculpidos na Carta de 1988.

Pode-se afirmar que o ativismo judicial se configura em uma participação intensa e ampliativa do Poder Judiciário na concretização dos direitos e fins constitucionais.

O Poder Judiciário manifesta sua atuação ativista ao manifestar sua conduta, quando: aplica diretamente a Constituição a situações que o texto constitucional não as tenha contemplado; quando declara a inconstitucionalidade de atos normativos do legislador ordinário que estejam em frontal desarmonia com a constituição; impor condutas ou abstenções ao poder público em matéria de políticas públicas.

1.1. Origem histórica do Princípio da Separação dos Poderes

Durante o Renascimento, no final da Idade Média, houve o enfraquecimento do poder da nobreza, da Igreja (alto clero), do rei, pela diminuição das guerras, não havendo mais necessidade de centralizar o poder, dando a sociedade o direito de uma participação mais ativa, culminando com a descentralização do poder.¹

Neste contexto histórico, a burguesia fortalecia seu poder diante de sua evolução no âmbito econômico. Em contrapartida, a nobreza e o clero *longa manus* do rei, passa a cobrar altos tributos que exorbitavam a racionalidade. Foi então que a burguesia se revolta, toma o poder e derruba o antigo regime-²

¹ RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *Teorias da separação dos poderes*: breve reflexão sobre a evolução do princípio, do poder do Estado. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/teorias-da-separacao-dos-poderes/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

² Ibidem.

Desde a Grécia Antiga, a participação do povo nas decisões políticas da *polis*, era notada. O povo elegia seus representantes para que abraçassem suas causas sociais, sistema que vigora até os dias de hoje, porém com uma estrutura mais complexa.³

A primeira Teoria de Separação de Poderes remonta à Aristóteles, em sua obra "A Política", onde afirmava que todo governo era composto de três poderes essenciais: a) a função deliberativa – o poder que delibera sobre os negócios do Estado; b) a função executiva – o poder que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado; c) a função judicial – o poder que abrange os cargos de jurisdição. Segundo o pensador, era demasiadamente perigoso dar poder a um só homem. ⁴

Em sua obra "O Príncipe", no século XVI, Maquiavel participou da formação do ideal de Separação dos Poderes, atribuindo à França três poderes distintos: 1) O Legislativo representado pelo Parlamento; 2) O Executivo exercido pelo Rei; 3) O Judiciário, poder autônomo.⁵

Na concepção de Dalmo de Abreu Dallari 6:

[...] É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo, em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.

Maquiavel, entendia que a Separação dos Poderes garantiria ao Rei a preservação de sua imagem, uma vez que não teria que editar leis ou decidir conflitos da sociedade.

Na Inglaterra, por volta do século XVII, ocorreu a Revolução Constitucional, também chamada de Revolução Gloriosa, culminando com um golpe de estado, articulado pelo Parlamento inglês, com a celebração da assinatura da *Bill of Rights*, ou seja, Declaração dos Direitos que limitavam o poder do rei. Dallari assevera que a *Bill of Rights*:

[...] Essa declaração inspirou a edição de declarações e leis semelhante nas colônias inglesas da América do Norte, tendo como resultado final aprovação de um conjunto de dez emendas que foram incorporadas à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Tal providência atribuiu maior eficácia no tocante, às garantias de liberdade e, dos demais direitos fundamentais nos Estados Unidos.⁷

³ TALLARICO, Rafael; RIBEIRO, Sirlei de Brito. *História da Filosofia Ocidental:* da Pólis Grega ao Estado de Direito Contemporâneo. São Paulo: D'Plácido, 2013.

⁴ PIRES, Ana Carolina Fernandes. *Conceito Histórico da Separação dos Poderes*. Disponível em: https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes. Acesso em: 29 abr. 2020.

⁵ Ibidem.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 216.

⁷ Ibidem, p. 205 - 206

O sucesso da *Bill of Rights* em otimizar a administração inglesa, veio a influenciar outros modelos, como o Norte Americano.⁸

Neste momento histórico, surge a concepção da separação dos poderes, sendo seus precursores John Locke e Montesquieu, e ao passar do tempo, foi corroborada pela experiência vivenciada no âmbito dessa concepção pelos Estados da América do Norte.

Locke, ao retornar do exílio na Holanda, nos meados de 1688, escreve "O Segundo Tratado sobre o governo civil", no qual concebia a existência de três poderes para exercer as funções do governo: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo.⁹

No seu entender, Locke¹⁰ atribuía ao Poder Legislativo um poder hierarquicamente superior ao Executivo e Federativo, sob o comando do Parlamento. Já ao Poder Executivo, competia a aplicação das leis e ao Poder Federativo, o manejo das relações internacionais e, estava ligado diretamente ao Poder Executivo, e os Poderes Legislativo e Executivo não poderiam ter uma mesma pessoa para exercê-los, sob o risco de se ter um governo arbitrário.¹¹ Locke¹² afirmava, " não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar à lei à sua vontade".

Montesquieu, foi quem deu destaque ao poder de julgar entre os poderes fundamentais do Estado. Com o cuidado de não deixar na mão de um só poder, a função de administrar, executar e julgar. Sua preocupação, preponderante, era a delimitação de poder, ou seja, a todo tempo o poder freando o poder. Na sua concepção, os homens não conheciam limites, e diante do poder se tornariam verdadeiros exterminadores de seus semelhantes.

Em sua obra, "O espírito das leis", inspirado no sistema jurídico-político inglês, Montesquieu¹³ abraçava a ideia de três poderes independentes e harmônicos entre si, notadamente, Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. A Teoria da Separação dos Poderes foi recepcionada pelo Constitucionalismo.

Versada por Montesquieu¹⁴, a Teoria da Separação dos Poderes, veio a possibilitar uma redefinição do poder do Estado, dando conotação de um poder essencialmente limitado.

⁸ Ibidem, p. 76.

⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tradução Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁴ Ibidem.

Montesquieu sinalizou que centralizar todos os poderes em um órgão só, seria um perigo para a sociedade, propôs uma divisão de funções estruturadas em órgãos diferentes.

Hamilton¹⁵ preleciona: "Em matéria de separação de poderes o oráculo sempre consultado e sempre citado é Montesquieu."

Em contrapartida João Vieira Mota¹⁶, equaciona que:

Montesquieu reputou o poder de julgar "de certo modo nulo", e tal juízo exige esclarecimentos. É que ele reservava ao Juiz uma função restrita e rígida; ele o conceituava como "a boca que pronuncia as palavras da lei", ao passo que considerava os juízes seres inanimados incompetentes para moderar quer a força, quer o rigor da lei. ¹⁷

Essas funções Estatais a todo instante precisam se interceptar com o campo de atuação das demais, objetivando um controle recíproco. Em virtude da separação e da independência das funções estatais, Montesquieu criou o sistema de freios e contrapesos. Esse sistema visava garantir o controle entre os poderes do Estado, com suas atribuições preconizadas na constituição, de modo peculiar, sem jamais de forma soberana, e, por expressa previsão constitucional, permitindo a interpenetração dos poderes, ou seja, limitava o poder pelo próprio poder, tornando-os autônomos entre si, e cada exercia a função que lhe era atribuída, e o exercício dessa função deveria ser controlado pelos demais poderes.¹⁸

A teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*), postula que a fim de evitar um poder absoluto, ilimitado, faz-se necessário uma divisão de funções a serem exercidas pelo governo, entre os três poderes, distintos, autônomos e independentes entre si, porém limitados quando isolados, pois sem que haja a atuação dos outros poderes, impossível a qualquer destes realizar de forma adequada as funções de governo a ele atribuída.¹⁹

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

Em 1787, os americanos implementaram o modelo constitucional tripartite, dando a cada poder a sua esfera de atuação, assegurando o equilíbrio entre os três poderes. De um lado,

¹⁸ Ibidem.

¹⁵ HAMILTON, Alexander et al. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

¹⁶ MOTA, Pedro Vieira. Introdução. In: MONTESQUIEU, op. cit., p. 5.

¹⁷ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

Locke traçou as regras quanto à separação, de outro Montesquieu definiu os freios e contrapesos, neste contexto, o Legislativo se posicionava hierarquicamente sobre os demais poderes do Estado. Após ser instaurado esse modelo pelos americanos, essas diretrizes que haviam sido traçadas por Locke e Montesquieu, se dogmatizaram, e, tal modelo foi incluído na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Neste compasso, inaugurou-se a mudança para o então Estado democrático de direito.²⁰

A aceitação da separação dos poderes encontrou um ambiente propício para sua instauração, diante de uma sociedade plural, tolerante, através de amistosas relações sociais, com diálogo aberto, com humanização fundante, bem diferente da concepção de Aristóteles do que seria a separação dos poderes, ou seja, uma separação em três partes das funções do Estado.

Segundo Ferreira Filho²¹, a existência do Estado, está intimamente ligada a existência do poder uno, podendo ser centralizado em um único órgão ou dividido. Essa divisão se dá pela distribuição de competências, isto é, desmembrado a diversos órgãos independentes entre si, dividido em três funções estatais, pelo critério funcional.

No Brasil, as constituições sempre contemplaram o princípio da separação de poderes, desde o período do império já se concebia a corrente tripartite. No império, vigia os três poderes fundamentais – Legislativo, Executivo e Judiciário, este último considerado o quarto poder – moderador, exercido pelo imperador, que tinha por finalidade resguardar a independência e harmonia entre os poderes, vigendo até a República, quando então da sua primeira constituição.²²

A Constituição da República Federativa do Brasil predispõe, em seu artigo 2°, que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.²³

A Constituição da República do Brasil de 1988, denominada constituição cidadã, por excelência democrática, tem-se expressamente fundamentado e, referenciado o princípio da separação dos poderes, sob a corrente tripartite, como cláusula pétrea, artigo 60, § 4°, inciso III, pelo constituinte originário, de modo que nenhum legislador derivado possa modificar.

_

²⁰ COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. *Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite*. Disponível em:https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. ver. e at. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178.

²² VANIN, Carlos Eduardo. *Princípio da separação de poderes na corrente tripartite*. Disponível em: https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/400382901/principio-da-separacao-de-poderes-na-corrente-tripartite. Acesso em: 29 abr. 2020.

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 29 abr. 2020.

Na concepção do renomado constitucionalista Lênio Streck:²⁴

[...] a separação dos poderes configura um dos mais importantes princípios do constitucionalismo moderno. Consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão como matéria constitucional por excelência, é o mesmo corolário básico do Estado Moderno.

Streck²⁵ afirma ainda que:

[...]O sistema de freios e contrapesos apresenta-se como complemento natural e ao mesmo tempo garantidor da separação de poderes, possibilitando que cada poder, no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação.

E mais:

[...]Não há como se exigir do Poder Judiciário que, no exercício próprio da jurisdição, não interprete. Não há atividade de aplicação do direito sem a correspondente atividade interpretativa e produção normativa. Lado outro, a atividade interpretativa realizada pelo Poder Judiciário não pode levar à inovação do ordenamento jurídico, ao ativismo judicial, posto que prescinde tanto de um órgão representativo quanto de um devido processo legislativo como requisito de legitimidade."²⁶

Numa concepção atual, Dallari²⁷ leciona que mesmo sendo clássica a acepção da palavra separação dos poderes, os doutrinadores sedimentaram se tratar de divisão de poderes, entendendo que o poder é uno e indivisível. De outro lado, há quem entenda que não exista uma separação, mas sim uma "inadequada" distribuição de funções.

José Afonso da Silva²⁸ afirma que a divisão e independência dos poderes caracteriza que a permanência e a investidura de uma pessoa num dos órgãos não está correlacionada na confiança de outros; que os titulares não precisem da consulta e aprovação dos outros, sendo auto suficientes na tomada de decisões; que cada um é livre na organização dos seus serviços, desde que em obediência as disposições constitucionais e legais.

Para Dallari²⁹ o sistema de separação de poderes, esculpido na Constituição, está intimamente ligado a ideia do Estado Democrático de Direito, dando origem ao Sistema de Freios e Contrapesos, no qual cada poder exerceria uma função típica e outras atípicas, como

²⁴ STRECK, Lênio Luiz et al. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso:* mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Mundo jurídico. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1300.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

²⁸ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz, KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas.* Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003 Acesso em: 29 abr. 2020.

²⁹ DALLARI, op. cit., p. 72.

exemplo, o Poder Executivo em sua função típica de administrar a máquina estatal, como também pode legislar (função atípica) por meio de medidas provisórias com força de lei, por um período determinado e chanceladas depois pelo Congresso Nacional.

O Ministro Luis Roberto Barroso,³⁰ já entende que a independência dos poderes, na conjuntura atual brasileira, se consolida em três requisitos: "(I) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (II) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política, e (III) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais poderes."

Barroso³¹ defende ainda que não há violação ao Princípio da Separação dos Poderes, uma vez se tratar de cláusula pétrea, esculpida no art. 60, parágrafo quarto, inc. III, CRFB/88³². Conquanto, poderá a vir ocorrer no caso em que houver afetação de seu conteúdo central, ou seja, se a alteração vier a provocar uma concentração de funções e um poder, ou se a inovação esvaziar suas competências típicas ou sua independência orgânica.

O Judiciário nos dias atuais vem ganhando uma ascendência preconizada na efetivação dos direitos fundamentais emergidos da Constituição de 1988, possibilitando a esse Poder invalidar atos do Legislativo e Executivo, quando estiverem em desconformidade com aquela, possibilidade conferida pelo Direito Constitucional contemporâneo e o surgimento do Estado Constitucional de Direito, a redemocratização, e ao neopositivismo.

Era papel do Judiciário extrair o sentido da lei, nos dias atuais além dessa função típica ele precisa dar efetividade ao que está escrito nas leis.

1.2. Origem, conceituação e fases do Ativismo Judicial no Brasil

O ativismo judicial tem sua origem na jurisprudência norte-americana. Os setores reacionários, encontraram na atuação proativa da Suprema Corte Americana, nos *cases*, (Dred Scott v. Sandord, 1857), amparo para a segregação racial, e na Era Lochner, nos anos de 1905 a 1937, para a invalidação das leis sociais; chegando ao apogeu no confronto entre Roosevelt e a Corte, quando da mudança da orientação jurisprudencial manifestamente contrária à intervenção estatal (West Coast v. Parrish, 1937). A Suprema Corte, na década de 50, sob a

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 243.

³¹ Ibidem.

³²BRASIL, op. cit. nota 23.

presidência de Warren (1953-1969), bem como nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista sobretudo envolvendo negros (Brown v. Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda v. Arizona, 1966) e mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold v. Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe v. Wade, 1973).³³ Ainda na afirmação de Barroso:34

> [...] pode-se constatar também que o ativismo judicial se fez presente nos Estados Unidos no ano de 1803, no julgamento do caso Marbury versus Madison, onde se discutia a nomeação de William Marbury como juiz de paz, então designado pelo presidente John Adams. A decisão foi proferida pelo Chief Justice Marshall, na qual afirmava embora fosse irrevogável a nomeação de Malbury, a Corte não poderia julgar o caso. A seção 13 do Judiciary Act - atribuía competência originária à Suprema Corte, foi declarada inconstitucional, sob o fundamento de que tal texto legislativo usurpava sua atuação afora do que previsto constitucionalmente, no art. III.

Destaca-se decisão judicial, implementou-se que, nesta controle de constitucionalidade norte-americano (judicial review). E mais:

> [...]Conquanto, nesta decisão judicial fez surgir o controle de constitucionalidade norte-americano (judicial review). Marshall argumentou sobre a supremacia da Constituição, da necessidade da *judicial review* e da competência do Poder Judiciário. Três foram os fundamentos apresentados por Marshall sobre o controle de constitucionalidade norte-americano (pelo Judiciário: Supremacia da Constituição, Nulidade da Lei que contrariasse à Constituição e que o Poder Judiciário era o intérprete final da Constituição. 35

Assevera Barroso³⁶ que o ativismo judicial surgiu numa época de profundas revoluções nos Estados Unidos, quanto à produção de uma jurisprudência progressista com relação aos direitos fundamentais:

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

³⁶ Ibidem.

³³ Idem. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: https://www.e- publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

³⁴ Idem apud TASSINARI, Clarissa. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio do Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012, p. 141.

³⁵ Ibidem.

Nos Estados Unidos, em meados de 1947, Arthur Schlesinger Jr., historiador e político democrata, alinhavou os primeiros comentários sobre o tema Ativismo Judicial em um artigo no qual comentava sobre a atuação da Suprema Corte Americana na época do *New Deal.*³⁷

No período denominado de a "Grande Depressão", onde perpetuou-se grave crise econômica após a primeira guerra mundial, especialmente nos anos 30, o presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt lançou um programa de intervenção econômica e social, conhecido como *New Deal*, com o objetivo de recuperar tanto a economia, quanto proteger as classes sociais menos favorecidas e solapadas pela crise.³⁸

Nessa época os norte-americanos viviam no chamado liberalismo econômico onde o estado não intervinha nas atividades econômicas. Este foi o maior fator para o fim do capitalismo liberal. O primeiro *New Deal* (novo acordo) foi um conjunto de medidas criado no governo de Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), onde visava criar medidas econômicas que garantissem o pleno emprego dos trabalhadores.

Surge nesse contexto de crise, no ano de 1936, o Keynesianismo, um sistema oposto ao Liberalismo. Foram através do trabalho de pesquisa do economista britânico John Maynard Keynes³⁹ (1883-1946), que surgiu a Teoria Keynesiana, que defendia que o Estado pode e deve, atuar para conter o desequilíbrio na economia, constando inclusive nessa proposta, investimentos públicos para fomentar o aquecimento do cenário econômico da época.

Keynes⁴⁰, economista, seu idealizador, defendia uma redistribuição de lucros para aumentar o poder aquisitivo dos consumidores proporcionalmente com o desenvolvimento dos meios de produção.

O Keynesianismo se fortalece nos anos 1930, após a queda da Bolsa de Nova Iorque.⁴¹

Firmaram-se duas correntes sobre o tema: a primeira, denominada Ativismo Judicial, defendia que a Suprema Corte podia efetivar políticas públicas para a promoção do *Welfare State*, bem-estar social, tendo como baliza as diretrizes políticas entabuladas pelos juízes. A segunda se opunha a primeira, homenageando um contexto de autocontenção judicial, atribuindo as políticas públicas aos poderes diretamente eleitos pelo povo.

³⁹CAPITALRESEARCH. *Keynesianismo*: o que diz essa teoria econômica? Disponível em https://www.capitalresearch.com.br/blog/investimentos/keynesianismo/. Acesso em: 28 abr. 2020.

³⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana*. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de _Azevedo_ Campos.pdf/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

³⁸ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

Dworkin⁴², trata do "ativismo judicial", em sua obra "Levando o Direito a sério", no contexto do *New Deal* e conclui afirmando que o progresso do Direito Constitucional necessita de uma fusão com a teoria moral:

[...]Todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente. Se ele não abomina as decisões conservadoras do início da década de 30, que ameaçaram bloquear o New Deal, é provável que abomine as decisões liberais da última década. Não precisamos exagerar o perigo. As decisões realmente impopulares serão corroídas porque a adesão pública será relutante, como ocorreu no caso das orações nas escolas públicas, e porque os juízes mais velhos irão morrer ou se aposentar, e serão substituídos por novos juízes, indicados por estarem de acordo com um presidente que foi eleito pelo povo. As decisões contra o New Deal não se sustentaram, e as decisões mais ousadas dos anos mais recentes estão agora à mercê da Corte Nixon. (...) O direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema de sua própria agenda. Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, inacreditavelmente, ainda está por ser estabelecida.

O Ativismo Judicial, para a ciência do Direito, é o agir do poder Judiciário, quando este extrapola os poderes que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Com o passar do tempo, o Ativismo Judicial foi tomando novos sentidos, porém conservando sua essência, ou seja, agindo proativamente toda vez que suas decisões não eram operacionalizadas pelos poderes Legislativo e Executivo na consecução das políticas públicas em prol dos direitos fundamentais. Neste sentido, assevera Luis Roberto Barroso⁴³:

[...]em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

Ainda na concepção do Ministro Luis Roberto Barroso⁴⁴

[...]o ativismo judicial se consagra numa 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (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

-

⁴² VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito*: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. Belo Horizonte, 2011. 255f. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf> Acesso em: 28 abr. 2020.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. *Ativismo judicial* – aspectos históricos e conceituais. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais. > Acesso em: 19 abr. 2020.

⁴⁴ Ibidem.

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.

Segundo Alexandre Garrido da Silva e José Ribas Vieira, ⁴⁵ o Ativismo Judicial é percebido como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – prima facie – de competência de outros poderes.

No Direito Contemporâneo, o Ativismo está intimamente ligado à atividade jurisdicional e à ação do Poder Judiciário, bem como de sua função "jus dicere", à tripartição dos poderes, ao processo, como também da organização Judiciária.⁴⁶

O Ativismo é considerado uma atitude proativa de interpretação da Constituição, do ponto de vista de sua extensão como também do seu sentido. Diferentemente de uma ideologia, o ativismo judicial se caracteriza como uma atuação jurisdicional face a situações em que ocorra omissão do Poder Legislativo ou do Executivo, em que esteja presente uma dicotomia entre a política adotada e a sociedade, de modo a impedir a efetiva prestação jurisdicional.

Modernamente, a doutrina tem-se posicionado no sentido de que o Ativismo Judicial é o mecanismo utilizado pela Suprema Corte, reconhecendo sua postura impositiva, de forma a garantir uma atuação eficaz do exercício jurisdicional, a fim de garantir a efetividade de sua atividade como Poder Controlador dos outros poderes.

Pode-se dizer que Ativismo Judicial é uma atitude que extrapola as fronteiras do Poder Judiciário, expandindo suas competências no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, quando esses dois poderes se mostram inertes ou omissos na concretização das decisões judiciais, deixando de garantir as políticas públicas, ferindo Direitos Fundamentais Constitucionais.

Luiz Flávio Gomes⁴⁷, reconhece duas espécies de Ativismo Judicial: o ativismo inovador, como aquele que cria normas sem qualquer tipo de parâmetro, e o ativismo revelador, que cria normas, quer seja a partir de princípios constitucionais, quer seja por lacuna de uma regra.

⁴⁵ SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996

⁴⁶ GREJANIN, Anderson Cleber Aleixo. *Ativismo Judicial e Judicialização dos Direitos Sociais*. Disponível em:https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47860/ativismo-judicial-e-judicializacao-dos-direitos-sociais>. Acesso em: 28 abr. 2020.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navegandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/12921. Acesso em: 20 abr. 2020

Para Luiz Flávio Gomes^{48,} o ativismo inovador seria uma afronta direta ao Estado de Direito e aos princípios democráticos, uma vez que as decisões que sejam contrárias aos princípios constitucionais e sem fundamentação adequada, seriam ilegítimas. Ao passo que o Ativismo revelador é o usual no Brasil. Como exemplo, cabe citar o julgamento pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.99949 e nº 408650 – caso da infidelidade partidária, nas quais se discutiu o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor sobre a perda de mandatos eletivos, proclamaram a constitucionalidade formal da Resolução nº 22.610/2007. Destacam-se dois sistemas: proporcional, cujas características do consubstanciam sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. Outro sistema, denominado majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1°, par. ún. e art. 14, caput)

Uma terceira modalidade de ativismo foi criada pelo STF, qual seja, com base no princípio democrático, uma regra de perda de mandato, utilizando-se do ativismo renovador, de sorte que inovaram o direito com fundamento em um princípio constitucional.⁵¹

Destarte, pode-se afirmar que circunda na seara jurisdicional contemporânea, três modalidades de ativismo judicial: inovador, revelador e o renovador.

O Poder Judiciário na contemporaneidade tem como característica marcante o Ativismo Judicial, inovando suas funções originárias, que tinham como premissa revisar decisões sobre fatos e também sobre atos retrospectivos. Hoje o Poder Judiciário sofre diretamente a força do clamor social, e, passando a interferir nas questões políticas (*political questions*), precipuamente naquelas que envolvam a Constituição.

48

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3999 DF*, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 12/11/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-01 PP-00099). Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716877/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3999-df Acesso em: 29 abr. 2020.

⁵⁰ BARROSO, Luís, Roberto. Direito Constitucional e Eleitoral. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resolução nº 22.610/2007 do TSE. Inaplicabilidade da regra da perda do mandato por infidelidade partidária ao Sistema Eleitoral Majoritário. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia NoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

⁵¹ GOMES, op. cit.

Importantes decisões judiciais têm mudado o contexto social do país, como por exemplo a decisão histórica do STF que permite o abordo do feto anencéfalo. Capitaneados por memorável voto do ministro Marco Aurélio Mello, oito dos ministros votaram que sim, e o STF julgou procedente a ADPF nº 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção deste tipo de gravidez é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do CP.52

Segundo o ministro Marco Aurélio, não existindo possibilidade de o feto se tornar uma pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher:

[...]Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.⁵³

No Brasil, sustenta-se que o Ativismo Judicial tenha nascido após a promulgação da Constituição de 1988, que somente a partir da década de 2000 despertou-se o interesse pelo Ativismo Judicial. De forma unânime na doutrina brasileira, identifica que o fenômeno após o processo de redemocratização a partir de 1988.⁵⁴

Muitas obras que discorrem sobre o escorço histórico das Constituições do Brasil, fazem menções às competências inovadoras do STF e seus reflexos na judicialização da política ou na politização da justiça pela Corte Suprema Brasileira.⁵⁵

Uma parte de doutrinadores identificam que o ativismo judicial surgiu no Brasil na República Velha, entre os anos de 1909 e 1926, sob a égide da Constituição de 1891.⁵⁶

⁵³ BRASIL. *ADPF nº* 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-01 PP-00021. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738666/questao-de-ordem-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df>. Acesso em: 29 abr. 2020.

⁵² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

⁵⁴ AHUALLI, Tânia Mara; et al. Ativismo Judicial e sujeitos coletivos: a ação das associações de magistrados. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 361.

⁵⁵ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, p. 407-440, 2008 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988 – Judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198 (out-dez.1994). Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-17.

⁵⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Ativismo Judicial em Rui Barbosa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, v. 1, p. 59-75, 1999.

1.2.1. O Habeas Corpus como garantia da proteção da liberdade do indivíduo

Para a doutrinadora Maria Margarida Lacombe Camargo⁵⁷, Rui Barbosa instituiu o *Habeas Corpus* como instrumento para garantia da proteção da liberdade do indivíduo, contra a mão arbitrária do Estado, levando o Supremo Tribunal Federal a interpretar extensivamente do instituto (HC), propulsionando a criação da "doutrina brasileira do *Habeas Corpus*". Para Rui Barbosa, o *habeas corpus* protegia não só a liberdade física, mas sim toda a liberdade cerceada por abuso ou excesso de poder que viesse a ser decorrente de violência ou coação.

Ainda no entendimento da autora supracitada:

[...] o ativismo judicial que se verifica a partir da jurisprudência firmada pela Suprema Corte, muito semelhante ao que atualmente ocorre com a utilização da cláusula do devido processo legal, prevista no inciso LIV, do art. 5°, da nossa Constituição Federal, que estabelece: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", ao contemplar-se sob seu texto toda sorte de liberdade, além da ampla defesa e do contraditório, que lhe serviram de corolário durante muito tempo.

E ainda:

[...] "Por "ativismo judicial" entendemos o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas das vezes, à formulação da própria lei, (...) Temos como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito." 58

O artigo 72, § 22 da Constituição de 1891, previa ser cabível o *habeas corpus* "sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder".⁵⁹

O Supremo Tribunal Federal ampliou as hipóteses de cabimento do habeas corpus, estendendo-o a outros direitos, inerentes à liberdade de locomoção.

Dois ministros, Pedro Lessa e Enéas Galvão, à época fizeram exsurgir uma corrente na qual defendiam manejar o habeas corpus toda vez que a liberdade de locomoção desse ensejo ao exercício de outros direitos.⁶⁰

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial*: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano – São Paulo: Almedina, 2019, p. 153.

⁶⁰ "Era a consagração da medida processual de 1832 em instituto constitucional regulado em termos tão flexíveis que possibilitaram a sua extensão mais além dos limites clássicos britânicos." BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 62.

O remédio constitucional do habeas corpus teve seu alcance ampliando pela interpretação dada pelo STF, expandindo seus efeitos. Sendo essa a primeira manifestação de ativismo judicial no país, aplicando tal teoria.61

O legendário Rui Barbosa impetrou o famoso HC 300, onde alegava ter o STF competência para julgar a prisão de indivíduos durante o estado de sítio. O Presidente em exercício, Floriano Peixoto ficou profundamente irritado, com a interposição desse writ por Rui Barbosa e, afirmou que se o STF concedesse a ordem, os próprios ministros iriam precisar de um habeas corpus. Os ministros, por conta da pressão envolvida, denegaram a ordem, sob o fundamento de que não poderiam se envolver em funções políticas do Executivo e Legislativo, mesmo que as questões envolvessem direitos individuais, pois seria impossível separar questões políticas e direitos individuais.⁶²

A historiadora Leda Boechat Rodrigues⁶³ afirma que a doutrina do habeas corpus foi a maior construção jurisprudencial feita no Brasil, e o mérito cabe ao Min. Enéas Galvão.

A atuação do STF no remédio constitucional do habeas corpus, ampliou a proteção dos direitos fundamentais violados e ameaçados, e com isso, dando ao STF o controle do jogo político, submetendo o Poder Executivo e o Legislativo, diante das violações de direitos à uma interpretação por ele fixada.

Neste sentido, demonstra que o Poder Judiciário sempre teve uma vontade latente de controlar os demais poderes, conquanto, o ativismo judicial não configura uma novidade no sistema político-social do país, talvez possa ser no plano teórico, mas não no plano jurisprudencial como se constata na prática.

Nos governos autoritários, a doutrina brasileira sustenta que o ativismo judicial não foi concretizado pelo Supremo Tribunal Federal, agindo de forma técnica, não exorbitando seu poder quanto à proteção das liberdades individuais, como se tivesse "rendido" às arbitrariedades estatais.64

⁶¹ BALEEIRO arrola os seguintes casos nos quais se desenvolveu a teoria brasileira do habeas corpus: "assegurar a reintegração do funcionário, publicação de artigos jornalísticos lidos da tribuna parlamentar em período de estado de sítio, e até para que estudantes concluíssem o curso pelo regime anterior, a despeito de lei que os obrigava a novo currículo". Ibid., p. 65.

⁶² SILVA, Diogo Bacha. Os contornos do Ativismo Judicial no Brasil. O fetiche do Judiciário Brasileiro pelo controle dos demais poderes. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril v50_n199_p163.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

⁶³ RODRIGUES apud Ibid.

⁶⁴CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro, p. 2: "é possível reconhecer, mesmo precipitadamente, que o poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, em tais momentos cruciais, não foi o baluarte das liberdades, mas um órgão preponderantemente técnico e legalista, o que, diante do sistema de direito posto, um direito de exceção e opressor, terminou por acarretar sua rendição frente ao império da força e da arbitrariedade estatal".

A partir da Revolução de 1930, com a sucessão de governos autoritários, inviabilizaram as decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal, e somente a partir do processo de redemocratização a partir de 1985 e institucionalizado após a promulgação da Constituição de 1988, é que este tribunal passou a interferir ativamente na política nacional.⁶⁵

Neste segundo momento, instalada a crise do Estado Brasileiro, o STF e o judiciário como um todo, vem atuando de forma proativa, em questões afetas aos outros poderes, em prol da concretização dos direitos fundamentais, principalmente destacando a efetivação dos direitos sociais.⁶⁶

O ativismo judicial é caracterizado pela doutrina majoritária brasileira⁶⁷ após o advento da Constituição de 1988 como uma solução jurisdicional para a problematização da inércia e descaso do Poder Público em efetivar direitos fundamentais e políticas públicas, bem como pelo desprestígio dos poderes políticos observados na ordem constitucional vigente.

O ativismo judicial surge a partir de um descompasso o entre a sociedade civil e a classe política, impedindo que as questões sociais sejam resolvidas de maneira efetiva.⁶⁸

1.3 Diferença entre judicialização da política e ativismo judicial

O conceito de Judicialização está sendo utilizado como um fenômeno na qual questões de ordem social ou política com repercussão geral vem sendo decididas pelo Poder Judiciário, ao invés de serem decididas pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo – pelo Chefe do governo, seus ministérios e pela administração pública direta e indireta.

Após a Constituição de 1988, o Poder Judiciário brasileiro tem apresentado uma exponencial ascensão institucional. A função política, inerente aos Poderes Legislativo e Executivo, vem sendo assumida gradativamente por Juízes e Tribunais, sendo ouvintes dos anseios da sociedade que buscam a efetivação das políticas públicas, visando à defesa dos direitos fundamentais, que foram recepcionados e consagrados pelo Estado Democrático de Direito. Alberto Silva Franco^{69,} em sua obra elucida essa inusitada filosofia do Judiciário, assevera que:

[...] uma sociedade marcada por profunda exclusão social não se compatibiliza com o perfil de um juiz apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão

⁶⁷ Ibidem, p. 160.

⁶⁵ GROSTEIN, op. cit., p. 158.

⁶⁶ Ibidem, p. 159.

⁶⁸ Ibidem, p. 161.

⁶⁹ FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In MESSUTI, Ana e ARRUBLA, Sampedro [Org.]. *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001, p. 99.

compartimentada do saber, auto suficiente e corporativo. E, acima de tudo, com um juiz que ainda não teve a percepção de que sua legitimação não se apoia na vontade ou nas leis de mercado, mas substancialmente na sua função central de garantidor dos direitos que atribuem dignidade ao ser humano e dos valores axiológicos incorporados aos modelos sociais que têm a democracia como uma garantia irrenunciável.

Na visão do Min. Luís Roberto Barroso⁷⁰, a judicialização consiste na transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Indubitavelmente, o Poder Judiciário tem assumido o protagonismo na seara política brasileira, passando a desempenhar um papel político, compartilhando com o Legislativo e Executivo o cenário nacional.

Inegável a atuação jurídica, mas também política do Judiciário, segundo entendimento do Min. Luís Roberto Barroso, sob o risco da politização da justiça: A crescente judicialização da política e das relações sociais é um dado objetivo e um tema que vem sendo debatido em âmbito nacional, não só na academia e entre os operadores de direito, como também perante toda a sociedade.

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, foi o grande marco que fez surgir no contexto político do país a redemocratização, sendo essa a primeira causa do fenômeno da Judicialização. A redemocratização tem como característica fundamental a restauração da democracia e do Estado de Direito após longos anos do período de ditadura militar, de 1964 a 1984. Com a redemocratização instaurou-se a Nova República, deu-se o fortalecimento do Poder Judiciário, culminando com sua expansão, e o clamor por justiça aumentou substancialmente a procura pela tutela jurisdicional.

A segunda causa responsável pelo surgimento da Judicialização foi a constitucionalização abrangente, de temas relevantes, como direitos sociais, antes sob o crivo do processo político, ou seja, agregou matérias na constituição que antes pertenciam ao processo político majoritário e para a legislação ordinária. Quando a Constituição estatui um direito, como por exemplo o direito à saúde, a educação, é possível, portanto, judicializar a

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Ativismo judicial* – aspectos históricos e conceituais. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-econceituais. Acesso em: 19 abr. 2020.

efetivação desses direitos, levando ao Judiciário o deslinde sobre ações concretas de políticas públicas para garantir direitos fundamentais.

A terceira causa da Judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, considerado híbrido, porque compreende dois sistemas: o europeu e o americano. Adotamos o controle difuso e incidental, oriundo do sistema americano, no qual o juiz pode deixar de aplicar uma lei a um caso concreto, caso considerá-la inconstitucional. De outro norte, importamos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Leciona Verbicaro⁷¹: "a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado", tendo como pano de fundo o crescente aumento de poder dos tribunais.

Esse fenômeno causa uma nova forma de se entender a democracia, quando então podese atestar uma maior flexibilização do que se entende por supremacia da representação originária do povo pelo voto, buscando uma efetivação plena dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição.

Salienta-se que, a judicialização da Política é um fenômeno, denominação essa que se destina a identificar os resultados oriundos da interseção entre a democracia e o ativismo judicial. Dobrowolski⁷², aduz que o Judiciário contemporâneo:

[...]não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um "governo de juízes", observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado. De outra forma, não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos super poderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas.

Sampaio Dória⁷³, por sua vez, afirma que: "Para que possa o socorro judiciário prevalecer contra os abusos do poder, preciso é que o juiz se possa opor ao poder em seu abuso. Isto é, seja, por sua vez, poder".

Há quem entenda que a judicialização da saúde traz efeitos colaterais para o próprio usuário, uma vez efetivado seu direito, e diante da inércia do Poder Público em concretizá-lo,

-

⁷¹ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil, São Paulo: *Rev. Direito GV.* v.4, n°.2, jul./dez. 2008.

⁷² DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado Contemporâneo. In: *Revista* Sequência. Florianópolis, v. 16, n. 31, p. 92-101 Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778. Acesso em: 28 abr. 2020.

⁷³ DÓRIA apud Ibidem, p. 92-101.

recorre-se ao Judiciário para que a questão seja decidida, e se a decisão privilegia a demanda do indivíduo, em desacordo com o direito coletivo – mutualismo, que se exprime na união de esforços entre partes, na composição de um fundo comum para mitigação de riscos.

Para Walter da Silva Jorge Leão⁷⁴, Presidente do Conselho Federal de Farmácia:

[...]não resta dúvida de que o fenômeno da judicialização da saúde pública existe e, se não tratado da maneira adequada, poderá gerar maiores prejuízos, não apenas aos cidadãos, como também ao Estado, em razão da desestruturação do orçamento público e, até mesmo, diante da possibilidade de um colapso do sistema público de saúde.

Um exemplo de judicialização com efeitos colaterais é quando o magistrado julga de forma arbitrária uma questão que envolva um contrato de seguro, na qual figura de um lado o consumidor e de outro a seguradora, e sua decisão privilegia o demandante, não levando em conta o fundo comum, afetando o direito coletivo, ou seja, os prêmios pagos à seguradora, cria um desequilíbrio da relação jurídica, colocando em desvantagem em relação ao segurado, vindo a afetar diretamente a mutualidade, pois será penalizado a pagar valores pelos quais não recebeu a prestação do serviço.

O Brasil vive hoje num cenário onde relevantes questões políticas são direcionadas ao Supremo Tribunal Federal. Assim, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

O professor Ran Hirschl,⁷⁵ um profundo conhecedor e estudioso de ciência política, ao estudar a transferência de poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário, denomina esse fenômeno como "juristocracia", e assevera que este regime político é incompatível com o constitucionalismo liberal, pois fragiliza as Constituições Estaduais, tornando-as disfuncionais e incapazes de assegurar o equilíbrio de poderes, a defesa dos direitos e conter o abuso do poder estatal.

Hirschl⁷⁶ aponta que a judicialização da política transfere inúmeras questões políticas para os tribunais. Para ele, existem três categorias de judicialização:

.

⁷⁴ LEÃO, Walter da Silva Jorge. *Cartilha Judicialização de Medicamentos:* Apoio técnico-farmacêutico para a diminuição e/ou qualificação das demandas. Disponível em: http://www.cff.org.br/userfiles/CARTILHA%20JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20-%20FINAL.pdf. Acesso em: 28 abr. 2020.

⁷⁵ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz, KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003 Acesso em: 29 abr. 2020.

⁷⁶ Ibidem.

1) a difusão do discurso jurídico com seus jargões, procedimentos e regras para a esfera pública e para os fóruns e processos de decisão política;

2) a judicialização da tomada de decisões políticas pela administração ordinária e revisão judicial;

3) a judicialização da pura ou megapolítica (*mega politics*), isto é, a transferência para os tribunais de questões de natureza essencialmente política.

Cabe salientar que o modelo norte-americano delega a juízes da Suprema Corte o poder de decidir conflitos políticos e assuntos de ordem pública, creditando credibilidade e legitimidade em garantir direitos pela via judicial, mesmo se contrapondo ao poder político emanado dos parlamentos.

Enfatiza Hirschl⁷⁷ que os juízes das cortes constitucionais podem intervir em questões morais e dilemas políticos, uma vez ser-lhes transferidos o poder para tal atuação, isto aliado ao apoio recebido pelas poderosas elites políticas. Mesmo entendendo que as questões possam ser julgadas contrariamente às suas preferências e seus interesses, preferem delegar o poder de decidir para as cortes, embora saibam que seria difícil reverter a constitucionalização.

Hirschl⁷⁸ entende que tanto a constitucionalização quanto a revisão judicial hoje são fenômenos que estão inseridos na globalização: tudo pode ser judicializado, os juízes sem representação e responsabilização política, não eleitos, se tornaram verdadeiro poder decisório em todo o mundo, em contraponto, certamente, com a violação aos ditames democráticos e a democracia em si.

Percebe-se que nesse novo paradigma de modelo constitucional, a democracia perde-se no contexto de regra da maioria, nem se baliza no princípio da soberania parlamentar; contrariamente, protege legalmente às minorias, de acordo com uma constituição escrita, com rigidez, não podendo ser alterada nem por uma assembleia eleita. Exprimindo, portanto, um conjunto de direitos fundamentais e liberdades civis sendo parte da lei fundamental, e, neste panorama jurídico-político, os juízes estão imunes de pressões políticas, sendo verdadeiros guardiões dessas garantias constitucionais dos direitos tutelados.⁷⁹

Na concepção de Barroso⁸⁰, existem três objeções a serem opostas à Judicialização e ao Ativismo Judicial, são elas: riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

Assevera que os juízes, desembargadores e ministros não são agentes políticos eleitos. Mesmo sem o aval da vontade popular, magistrados e tribunais, desempenham, com maestria,

_

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰BARROSO, op. cit., 2009, p. 10.

um poder político, que os permite invalidar atos dos outros poderes. E, neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, órgão não eletivo, pode vir a contrapor uma decisão do Presidente da República, ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular, conquanto é identificada na teoria constitucional como dificuldade contra majoritária.

O termo contra majoritário, consiste em expressão assim definida por Alexander Bickel⁸¹, que objetiva definir a atuação do poder judiciário em determinadas situações onde o provimento decisório venha a proscrever o direito objetivo, cuja legitimidade nasce da atividade parlamentar. Desta forma, imbuído do objetivo de proteger o direito das minorias ou garantir a efetivação de preceitos constitucionais, o Poder Judiciário tem enfrentado ponderações, no sentido de que se usurpa em função para a qual não está legitimado.

No entendimento de Bruce Ackerman⁸², não há que se falar em dificuldade, uma vez que, na temporariedade dos momentos constitucionais que prestigiam ensejos ao movimento democrático de transformação do sistema, julga caber à Corte constitucional apenas preservar o texto da Constituição e, com isso, a possibilidade de abrir espaço às decisões políticas de anseios populares. Desta forma, não constata a existência de dificuldade contramajoritária; deveras, sequer entrevê dificuldade, preconiza que é imperiosa e necessária à garantia da Constituição, face à atuação da Corte, em contraponto de se afirmar ser indesejável e afrontosa.

Em sua obra, A ética do consentimento, Bickel⁸³ questiona a atuação judicial, fazendo uma distinção entre "Constituição Manifesta" e "em aberto". Em sua concepção, "Constituição manifesta" como sendo o núcleo central da ordem Constitucional, ditando que há um dever moral a ser observado, poder esse absoluto, e sua desobediência estaria intimamente ligada a negação do constitucionalismo e do Direito:

[...]Há um dever moral, que se justifica, de que as pessoas às quais isso se aplica – na maioria, funcionários do Governo – obedeçam à Constituição manifesta, a menos e até que seja alterada pelo processo de emendas que ela própria prevê; é um dever análogo ao de obedecer aos decretos judiciais finais. Nenhum presidente pode decidir permanecer no cargo seis anos, em lugar de quatro, ou, desde a Vigésima Segunda Emenda, candidatar-se a um terceiro mandato. Há um dever absoluto de obedecer; a desobediência é a negação da ideia de constitucionalismo, a lei especial que estabelece uma séria de regras pré-existentes dentro das quais a sociedade elabora todas as outras regras, de tempos em tempos. Negar essa ideia é, no sentido mais fundamental, negar a ideia do próprio Direito.

-

⁸¹ BICKEL, Alexander M. *A Ética do Consentimento*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Agir, 1978, p. 38-39.

⁸² ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional*. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁸³ BICKEL, op. cit., p. 155.

Na concepção de Bickel⁸⁴, a atuação dos magistrados deve ser abstraída das instituições políticas, não devendo, portanto, proferir decisões que visem apenas ser prudentes ou sábias, ou porque acreditem ser "uma solução – sempre provisória – a que chegam as instituições políticas é tola". O Tribunal, segundo concebe, tem por obrigação agir com cautela, procurando atingir decisões de pequeno alcance, se imiscuindo de negar princípios afetos a segmentos da sociedade, do que se ater a princípios gerais para toda a sociedade. Deve, ainda, a Corte Constitucional não esquecer o papel precípuo das instituições políticas.

Ainda neste diapasão, o Tribunal deve "argumentar, não sentir, explicar e justificar os princípios que fórmula da maneira mais racional e exaustiva possível."⁸⁵. De outro viés, não pode "em si mesmo, criar valores, mas deve buscar relacioná-los – pelo menos analogicamente – com os julgamentos da História e da filosofia moral."⁸⁶

Denota-se que os julgados apesar de estarem em conformidade com a interpretação da lei, no campo da validade de seu texto, tem-se verificado que no *Pretorium Excelsior*, a voz da sociedade é levada em consideração, mesmo que na excepcionalidade. Podemos elucidar o tema com o exemplo no julgamento da ADPF nº 54/DF⁸⁷, na qual a Suprema Corte utilizou casos individuais de mulheres que haviam gestado fetos anencéfalos, para, inovar suas decisões o sentido de ter uma visão legal para a possibilidade de interrupção da gravidez neste caso, autorizando a hipótese do aborto, mesmo sem estar prevista no ordenamento jurídico pátrio.

A Suprema Corte brasileira, sensível ao clamor manifestado pela sociedade, num momento histórico, proferiu provimento decisório da ADPF nº 54/DF88 que, adjeto aos anseios das pessoas diretamente afetadas, positivou direito constitucionalmente previsto, criando hipótese para realização de aborto, embora não prevista em lei.

O Ativismo Judicial, segundo Barroso está intimamente ligado a uma participação ampliativa e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com significativa interferência no espaço de atuação do outros dois Poderes. O ativismo se manifesta por meio de diferentes condutas: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador,

85 Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: *ADPF nº 54/DF*. Relator: Min. MARCO AURÉLIO: J.12/04/2012. DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false. Acesso em 29 abr. 2020.

⁸⁸ Ibidem.

com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁸⁹

É cediço que os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um relevante papel institucional no cenário institucional brasileiro, notadamente, em alguns julgamentos históricos e polêmicos, como por exemplo, pesquisa com células tronco, aborto de fetos anencéfalos, união estável homoafetiva, infidelidade partidária, ficha limpa, dentre outros. A doutrina intitula esse fenômeno de Ativismo Judicial.

O historiador Arthur Schlesinger Jr.⁹⁰, nos meados de 1947, nos Estados Unidos, escreveu um artigo na revista *Fortune*, "*The Supreme Court: 1947*", no qual defendia existirem duas linhas sobre a atuação dos juízes na seara política: a primeira, intitulada de Ativismo Judicial, entendia que a Suprema Corte podia atuar na efetivação de políticas públicas, promovendo o bem-estar social, de acordo com que as concepções políticas dos juízes; a segunda linha defendia o oposto, ou seja, acreditavam que os juízes tinham uma postura de autocontenção judicial, e assim, as políticas públicas eram de responsabilidade dos poderes eleitos pelo povo.

O fenômeno ativismo judicial, ao longo dos anos, foi tomando uma outra perspectiva, porém sua essência foi preservada, notadamente, o Poder Judiciário tendo uma maior interferência na vida institucional. Afirma Barroso⁹¹, neste sentido:

[...]Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonista de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

O professor Elival da Silva Ramos⁹² elucida em sua obra que:

[...]Ativismo Judicial é a ultrapassagem da linha demarcatória da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (oi de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

-

⁸⁹ BARROSO, op. cit., p. 10.

⁹⁰ TEIXEIRA, Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista direito GV*. v.8. no.1 São Paulo jan./jun. 2012.

⁹¹BARROSO, op. cit., p. 10.

⁹² Ibidem.

Para o autor Alexandre Garrido da Silva⁹³, "o ativismo judicial é percebido como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – prima facie – de competência de outros poderes".

Os autores Jamile B. Mata e Gláucio Inácio Silveira, ⁹⁴ sobre a utilização de princípios como ferramenta do ativismo judicial, asseveram que tendências inovadoras surgem no Poder Judiciário de aplicabilidade do direito, como por exemplo, parâmetros de eficácia, bem como comandos constitucionais que diferem dos tradicionais. O ativismo judicial rompe com a postura positivista inerente ao Poder Judiciário, tornando-se uma postura proativa do magistrado na interpretação do ordenamento jurídico, em especial a Constituição, expandindo o seu sentido e sua zona de alcance, portanto, dando ao juiz a possibilidade de participação da criação da norma jurídica.

Coadunando com essa linha de pensamento, Ronald Dworkin⁹⁵ entende que o ativismo judicial valer-se-ia da necessidade do Judiciário lançar mão dos princípios gerais esculpidos no texto constitucional e, por conseguinte, direcionar a atividade judicante, ainda que em contrariedade às regras menos genéricas, elaboradas pelo constituinte ou pelo legislador ordinário.

Em suma, o ativismo judicial teria como finalidade ampliar a atuação do Poder Judiciário, desconstituindo a antiga máxima de que o juiz era apenas "a boca que pronuncia as sentenças da lei, sem moderar sua força ou rigor", segundo sustentava Montesquieu.

Ainda nesta temática, pode-se afirmar que o juiz assume uma visão progressista, evolutiva e reformadora, sabedor da realidade, sabe interpretá-la de acordo com sua época, construindo suas decisões fundamentadas de modo construtivo e modernizante, espelhando a realidade dos fatos, não pautada na letra fria da lei, mas pautando-se nos valores essenciais consagrados num contexto histórico.

A sociedade evolui com o passar dos anos, e o magistrado tem que acompanhar essa evolução, não reproduzir somente a lei expressa, mas sim procurar adaptá-la ao novo contexto

⁹³ SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996

⁹⁴ DIAS, Lucas Albuquerque. Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais. In: *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais. Acesso em: 28 abr. 2020.
⁹⁵ Ibidem.

social, com uma atuação mais proativa em prol da garantia dos valores constitucionais, efetivando concretamente as políticas públicas, ante à inércia ou omissão dos outros poderes.

Sintetizando tudo acima exposto, e suas convergências, o ativismo judicial expressa uma postura ativa do Poder Judiciário, e sua atuação positiva extrapola as esferas dos outros Poderes do Estado, quer pela postura omissa ou negligente destes, dissociando-se do modelo tradicional, corporificando-se como instrumento de uma interpretação inovadora e ativista, mas sempre respeitando a base principiológica constitucional.

1.4. Relevância do Neoconstitucionalismo e sua análise histórica

Antes de adentrar no estudo do Neoconstitucionalismo, mister saber o conceito de Constitucionalismo e sua diferenciação de Constituição.

Constituição é a lei maior, a lei fundamental e suprema de um Estado. Seu objetivo é definir a estruturação do Estado, a formação dos poderes públicos, forma de governo, aquisição do poder, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

A Constituição, segundo Ferdinand Lassale⁹⁶, seria a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade (sentido sociológico) Carl Schmitt⁹⁷ entende a Constituição como uma decisão política fundamental emanada pelo poder constituinte, representando o resultado da vontade política inerente ao Poder Constituinte originário quanto à temática sobre a estruturação do Estado. (sentido político).

Paulo Bonavides⁹⁸, preconiza em sua obra que a Constituição, do ponto de vista material, é:

[...]o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.

Fundamentalmente as antigas constituições se propunham a positivar direitos políticos, sociais e econômicos e, nos dias atuais, visam também proteger direitos ambientais. Segundo Canotilho⁹⁹, Constitucionalismo é:

⁹⁶ LASSALE, Ferdinad. O que é Constituição. São Paulo: Pillares. 2015, p. 15.

⁹⁷ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Drecho Privado. 1932.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 63.

⁹⁹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

[...]teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Esse movimento teve origem entre as duas Revoluções, a Norte-Americana e a Francesa.

Cabe salientar ainda, que a independência dos Estados Unidos teve seu desfecho na Constituição Americana de 1787, em resposta aos anseios pela democracia, e a Revolução Francesa na Constituição de 1791, dando origem ao movimento político-jurídico – "Constitucionalismo". 100

Essas constituições, exprimiam que o poder estatal deveria ser disciplinado por normas escritas a partir de um texto único, predominantemente em um contexto histórico, gerido por um órgão responsável – Poder Constituinte.

Essas normas possuem duas características: são elas supremas – pois todas as normas anteriores que não se coadunem materialmente com elas são revogadas, e todas as posteriores que as afrontem, tanto materialmente quanto formalmente, são inválidas. Outra característica é a rigidez – para alterá-las é necessário um procedimento peculiar e complexo. Tem-se, portanto, que supremacia e rigidez são marcas indeléveis do Constitucionalismo. Trata-se de um modelo de Constituição formal, pois todas as normas nelas esculpidas são constitucionais, supremas e rígidas. Duas exceções são impostas pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão esculpidas em seu artigo 16: toda vez que violada a garantia de direitos ou não estabelecida a separação dos poderes, é negada a existência de Constituição. 101

O Constitucionalismo, ensejou a adesão de Constituições em todo o mundo, a partir das Teorias Liberais. Pioneiros na implementação dessa concepção, os Estados Unidos e França, precursores para outras nações. Esse movimento suscitou a consciência de se positivar Direitos em uma Lei Maior, tendo como objetivo efetivar garantias capazes de defesa desses direitos, inferindo ao Estado uma posição moderadora, incapaz de violar preceito fundamental contra os cidadãos.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. El valor de la constitución. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em: 29 abr. 2020.
 MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da Constituição Federal. 2011. 331 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

O modelo constitucionalista não foi adotado por somente três estados, são eles: Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, segundo Horst Dippel.¹⁰²

No Constitucionalismo é adotada a Constituição escrita, codificada, dogmática, rígida, suprema e formal.

A supremacia constitucional foi o elemento fundamental para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo a partir do modelo constitucionalista.

Alexander Hamilton¹⁰³ definiu a Constituição como sendo uma Lei Fundamental, superior a todas as demais normas. Embasado no silogismo de que a Constituição é uma lei suprema, ele propôs a *judicial review*, cabendo ao Poder Judiciário interpretar as leis e dirimir conflitos entre a lei superior e lei inferior, invalidando as normas que estiverem em desacordo com a Constituição. Foi diante dessa premissa que John Marshall se utilizou dessa teoria ao proferir o voto no caso Marbury versus Madison, em 1803¹⁰⁴, tendo consagrado nesse ato o chamado modelo difuso de controle de constitucionalidade, no qual permite ao juiz competência para invalidar uma norma infraconstitucional que seja contrária à Constituição.

Na Europa Ocidental, vários Estados conceberam o modelo concentrado de constitucionalidade, sendo atribuído a Hans Kelsen¹⁰⁵ a influência, atribuindo a um órgão jurisdicional a competência para julgar a invalidação de norma que fosse contrária à Constituição.

Após a Segunda Guerra Mundial, os textos constitucionais apresentaram uma série de direitos fundamentais e garantias constitucionais, tornando-se um mecanismo de freio do abuso do poder estatal. Na atualidade, são consagrados não só direitos individuais, políticos, mas também os sociais, garantindo os direitos dos cidadãos contra o abuso de poder, mas também contra a omissão do Estado, garantindo o princípio do não retrocesso.

Aos juízes, no controle difuso e no Tribunal Constitucional, no controle concentrado, foi reconhecido ao órgão de controle jurisdicional, tanto a competência para julgar e invalidar todos os atos que afrontem à Constituição, como também apontar e invalidar a omissão do

_

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno:* novas perspectivas. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/diario-classe-nascimento-constitucionalismo-papel-judiciario. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁰³ Hamilton apresenta a teoria no "Federalista 78". MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. p. 480-481.

HORONGOZO, Gilliard Mariano. Marbury vs madison: controle de constitucionalidade. *Jus.com.br*, nov. 2016. Disponível em: . Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007

Estado, quando não cumprida a proposição constitucional. Surge neste contexto o neoconstitucionalismo.¹⁰⁶

O Neoconstitucionalismo é o conjunto de teorias que se vestem ao foco comum, ou seja, utilizam a Constituição para resolverem conflitos que não pertencem a matéria constitucional. A aplicação dos princípios constitucionais em outros ramos do Direito, vem de encontro com a concepção de positivismo, pois estaria tornando a aplicação do Direito mais e mais principiológica.

O Neoconstitucionalismo surgiu na década de 1990, primeiramente pelos jusfilósofos de Genova: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis. Suzanna Pozzolo utilizou pioneiramente a expressão no XVIII Congreso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, em Buenos Aires e La Plata em 1997.¹⁰⁷

Mauro Barberis¹⁰⁸ conceitua o neoconstitucionalismo como sendo uma teoria do direito intermediária ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, segundo a qual haveria uma conexão necessária entre o direito e a moral no Estado Constitucional. Posteriormente, Barberis critica sua própria proposta, considerando-a defeituosa em dois sentidos: somente Alexy e Nino falam expressamente da conexão necessária; e ambos não a restringem ao Estado Constitucional. Conclui, então, que o rótulo é uma "etiqueta para indicar teses com nomes diferentes sustentadas por autores diversos".

Para Carbonell¹⁰⁹ a expressão "neoconstitucionalismo", teve ingresso no dicionário jurídico e vem sendo utilizada para explicar as mutações que ocorrem no Direito, notadamente, a partir da Segunda Guerra Mundial, e destaca sua amplitude:

a)os *textos constitucionais* promulgados na segunda metade do século XX, em que se incorporam normas substanciais que condicionam a atuação do Estado na realização dos fins e objetivos estabelecidos;

b) as *práticas jurisprudenciais* assumidas pelos tribunais e cortes constitucionais, cuja atuação implica parâmetros interpretativos compatíveis com o grau de racionalidade exigido pelas decisões judiciais;

c) a construção de *aportes teóricos* para compreender os novos textos constitucionais e aperfeiçoar as novas práticas jurisprudenciais.

.

¹⁰⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. Brasília: Saraiva, 2000, p. 11-56

¹⁰⁷ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, v. 21, nº II, p. 339.

 $^{^{108}}$ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. Revista brasileira de direito Constitucional, São Paulo, v. 01, n° 7, jan./jun. 2006.

¹⁰⁹CARBONELL apud TRINDADE, Andre Karam. *Crítica a imprecisão da expressão Neoconstitucionalismo*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-imprecisao-expressao-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 29 abr. 2020.

Nas lições de Luís Roberto Barroso¹¹⁰:

[...]O neoconstitucionalismo vem sendo tratado pela doutrina como um novo direito constitucional, o pós positivismo à brasileira. Para tanto, identifica-o como um amplo conjunto de transformações que surgiram no Estado e no direito constitucional, o verdadeiro marco teórico, que culminou com a formação do Estado constitucional de direito, consolidando-se no final do século XX, tendo como marco filosófico o póspositivismo, aproximando o direito da ética e centralizando os direitos fundamentais no texto constitucional, incluindo a força normativa da Constituição, dando maior extensão a jurisdição constitucional e uma nova hermenêutica constitucional.

Em sentido fraco, o neoconstitucionalismo surge do Estado Constitucional, a partir das Constituições pós Segunda Guerra Mundial, exprime uma nova prática jurídica, vertendo-se para a garantia e concretização dos direitos fundamentais, exigindo uma Teoria do Direito que lhe seja compatível, de sorte que o positivismo não mais seria capaz de demonstrar as mudanças que surgiram a partir desse novo contexto universal.¹¹¹

Surge então o paradigma: o neoconstitucionalismo seria um sucessor alternativo para o positivismo jurídico?

Neoconstitucionalismo, portanto, expressa uma valorização renovada do direito constitucional, atribuindo um novo desempenho para a constituição no âmbito do sistema jurídico, por meio do qual este movimento teórico, que surgiu na segunda metade do século XX, tem como premissa soerguer um novo direito constitucional, baseado na efetivação e concretização dos direitos fundamentais, aliado à força normativa da constituição, objetivando transformar um estado legal em estado constitucional.

Para Ferrajoli¹¹²há duas maneiras de se conceber o constitucionalismo jurídico, baseadas em inúmeras teorias do Direito: o constitucionalismo argumentativo, visando à superação do positivismo; o constitucionalismo garantista, descortinando um novo cenário do positivismo. Ambos tratam de transformações pós-guerra, com o surgimento de constituições rígidas, que delimitam limites e vínculos formais e substanciais.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*. Ano 23, n° 82, 4° trimestre, 2005, p. 123

¹¹¹ CARBONELL apud TRINDADE, Andre Karam. *Crítica a imprecisão da expressão Neoconstitucionalismo*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-imprecisao-expressao-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 29 abr. 2020.

¹¹² FERRAJJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In Carbonell, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2009.

Como afirma Daniel Sarmento¹¹³ em seu texto "O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades":

[...]Neste modelo, cabe ao interprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetos e a axiologia da Carta[...].

Em síntese, a Constituição é um documento político, enquanto o Constitucionalismo é um movimento político e cultural e o Neoconstitucionalismo é o conjunto de teorias que tentam conceituar e explicar o uso dos princípios fundamentais constitucionais.

O Neoconstitucionalismo visa concretizar os direitos fundamentais, de modo a efetivar os ditames esculpidos no texto constitucional.

Numa interpretação literal, o prefixo não caracteriza algo novo, inovação, capaz de transformar o direito, porém como aduz o Min. Luis Roberto Barroso, tudo ainda é incerto, pode ser um avanço ou uma volta ao passado, pode ser um movimento circular, uma guinada de 360º114. Sob a égide da Constituição de 1988, o Direito Constitucional emergiu da insignificância à magnitude.

Neste sentido, elucida o Min. Luis Roberto Barroso¹¹⁵ "uma constituição não é só teórica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços."

O Neoconstitucionalismo exsurge na medida em que os princípios fundamentais presentes na Constituição devem ser interpretados com a finalidade de resolver os conflitos com procedimentos daí extraídos, não demonstrando mais a realidade jurídica constitucional.

Assim, jusfilósofos como Robert Alexy e Ronald Dworkin¹¹⁶, criaram teorias para explicar os novos fenômenos jurídicos.

Ronald Dworkin¹¹⁷ defendia que as regras devem ser analisadas no plano da validade, sendo aplicáveis na forma de tudo ou nada.

Ainda preleciona Dworkin¹¹⁸:

¹¹² SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In QUARESMA, Regina OLIVEIRA; Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267 - 302.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ DWORKIN apud DUARTE. Hugo Garcez. *Os princípios e as regras em Dworkin e Alex.* Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/os-principios-e-as-regras-em-dworkin-e-alexy/>. Acesso em: 29 abr. 2020

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Ibidem.

[...] as regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida [...].

Noutro sentido, Alexis¹¹⁹ embora as teorias positivistas colocasses em faces opostos o direito e a moral, diante de um conceito formal, atestada pela legalidade em conformidade com o ordenamento jurídico e a eficácia social, observa-se que nas teorias não-positivistas a tendência é vincular direito e moral, atribuindo um conceito permeado de um terceiro aspecto, o da correção material:

[...]o direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consistindo na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição geralmente eficaz e que não são extremamente injustas, bem como à totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição, que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas a qual (3) pertencem princípios e outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento de aplicação do Direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão da correção. 120

De certo que, o neoconstitucionalismo se embasa em teorias que desenham o novo direito constitucional com as seguintes premissas: ênfase nos princípios constitucionais, resolução de conflitos baseada na ponderação como método adotado. Constituição como norma que deve ser respeitada por todo o ordenamento jurídico como Lei Maior – constitucionalização do Direito. Juízes com mais poderes em relação aos legisladores. Observância da conexão entre o Direito e a Moral.

Pedro Lenza¹²¹ prelaciona que constata-se a existência de uma carga evolutiva interpretativa do constitucionalismo:

[...] sendo que o seu futuro sem dúvida terá de consolidar os chamados direitos humanos de terceira dimensão, incorporando à ideia de constitucionalismo social os valores do constitucionalismo fraternal e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo.

O neoconstitucionalismo foi concedido no ambiente filosófico do pós-positivismo, descortinando a ruptura com diversos paradigmas, dando abeertura para novas perspectivas como a força normativa à Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e, ensejando

¹¹⁹ ALEXY apud DUARTE. Hugo Garcez. *Os princípios e as regras em Dworkin e Alex*. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/os-principios-e-as-regras-em-dworkin-e-alexy/>. Acesso em 29 abr. 2020.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

novas e diferentes categorias de interpretação constitucional, entre outros, no intuito de buscar precipuamente a efetivação e concretização dos direitos fundamentais e, acima de tudo homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Neoconstitucionalismo tem relevância fundamental para que os julgadores tenham mais liberdade em suas decisões, garante uma maior efetividade na aplicação de princípios norteadores dos direitos fundamentais, objetivando efeitos mais humanos, elevando valores ao cidadão, muitas vezes esquecidos e que precisam ser avivados quando da boa aplicação da Lei.

1.5. Posição Ativista do STF e suas implicações na Separação dos Poderes

Com a promulgação da Constituição de 1988, importante processo surgiu no panorama histórico-político do país – a redemocratização, que possibilitou a redefinição das funções do Poder Judiciário.

Nesses trinta e dois anos de vigência da Constituição, o Judiciário tem ocupado lugar de destaque no Sistema de Governo, notadamente, república federativa constitucional presidencialista, ocupando um dos três poderes do Estado Brasileiro.

Com o advento do Constitucionalismo Democrático, o Judiciário ganhou um papel estratégico, com autonomia funcional, tem por excelência interpretar e aplicar a texto constitucional, quer seja fazer o controle de constitucionalidade das leis ou de atos normativos. Além dessas funções, após a Constituição de 1988 passou a decidir questões políticas, desempenhando o papel de guardião da Constituição, denominada Constituição Cidadã, onde encontram-se delineados direitos fundamentais, gerando compromissos de ordem social, vinculando todos os poderes da República no cumprimento e na observância de seus preceitos.

O Supremo Tribunal Federal, é provocado a exercer uma posição ativista, diante do descumprimento por parte do poder Legislativo, em virtude de sua omissão legislativa quando deixa de corresponder aos anseios da sociedade e, por parte do poder Executivo, quando se omite ou negligencia as políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais, obrigando os entes políticos a cumprir as premissas constitucionais.

Neste ponto, o Ativismo Judicial está presente nas decisões da Corte Constitucional, denotando uma postura positiva do Judiciário, com a finalidade de efetivar os valores e direitos insculpidos na Constituição.

1.5.1. O ativismo judicial praticado pelo STF

O Supremo Tribunal Federal brasileiro também denominado de Corte Constitucional, órgão máximo da pirâmide do Poder Judiciário, composto por 11 Ministros, conforme preconiza o art. 101 da Carta Magna de 1988. 122

O STF ganhou grande influência no Neoconstitucionalismo, e tem-se destacado no exercício do ativismo judicial, notadamente, nos processos de judicialização, atestando a supremacia de sua força e poder, como última e maior instância do Poder Judiciário, como também usurpando as funções dos Poderes Executivo e Legislativo, quando se mostram deficientes e desacreditados pela sociedade, em que pese em situação contramajoritária.

Vale aquilatar o posicionamento de Barroso¹²³, quando afirma que o Supremo Tribunal Federal desempenha dois papéis distintos "[...]Um é o contramajoritário, quando invalida atos dos outros Poderes em nome da Constituição. O outro é o representativo, quando, em certas circunstâncias, atende as demandas sociais que ficam paralisadas no Congresso."

Assevera ainda sobre o papel contramajoritário que o STF, "[...]pode e deve fazê-lo para defender as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais."

E quanto ao papel representativo, afirmou que a corte decidiu com essa atribuição os casos como o de uniões homoafetivas, interrupção da gestação de fetos anencefálicos e mesmo na proibição do nepotismo, "[...]À falta de atuação legislativa para atender essas demandas da sociedade, coube ao STF, interpretando princípios constitucionais, formular as respostas constitucionalmente adequadas."

Para Barroso^{124,} esta é uma competência que deve ser exercida com parcimônia, frisando que, "[...]onde houver um direito fundamental em questão ou um interessante relevante da sociedade, o tribunal não pode se omitir."

No julgamento da Reclamação 4.335/AC, interposta dela Defensoria Pública do Acre, o STF demonstrou uma posição ativista, com relação à progressão de regime nos crimes hediondos, tendo sido regulamentada mais tarde pela Lei nº11.464/2007¹²⁵, aplicando a lei penal mais benéfica aos casos passados, onde não se pode mais negar progressão de regime prisional,

¹²² BRASIL, op. cit., nota 23.

BARROSO, Luís Roberto. *STF exerce papéis contramajoritário e representativo*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/stf-exerce-papeis-contramajoritario-representativo-afirma-barroso. Acesso em: 30 abr. 2020.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ BRASIL. *Lei nº 11.464/07*, de 28 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

por força do disposto no inciso XL, do art. 5°, da Constituição Federal, ¹²⁶ na qual aborda o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa ou retroatividade da lei penal mais benéfica e do parágrafo único do art. 2° do Código Penal. ¹²⁷

Outro caso emblemático de atuação ativista do Judiciário foi na possibilidade de aplicação da Lei nº 11.340/2006 para homens. 128

Nos autos do processo n. 1.074/2008, oriundo do Juizado Especial Criminal de Cuiabá, sob a jurisdição do MM. Juiz Mário Roberto Kono, este proferiu decisão favorável à aplicação da Lei Maria da Penha, em favor do homem agredido pelo cônjuge. 129

No atual cenário político brasileiro, o Supremo Tribunal Federal exerce seu papel de guardião da Constituição. Cabendo-lhe a última palavra em questões emblemáticas (hard cases), de extrema relevância com efeitos erga omnes, ou seja, de alcance universal, aborto de feto anencéfalo, a união homoafetiva, a progressão de regime para crimes hediondos, até assuntos *interna corporis* dos demais Poderes da República, como por exemplo, a nomeação de ministros do Poder Executivo.

1.5.2. Implicações da posição ativista na Separação dos Poderes

O Judiciário em progressiva expansão de suas atribuições, face a um Estado em que se depara nitidamente com o enfraquecimento dos outros poderes, Legislativo inerte na criação de leis e o Executivo que muitas vezes deixa de implementar as políticas públicas, vem tomando uma roupagem ativista, nas questões políticas, sociais e econômicas do país.

Sua atuação transcende a esfera de competência dos outros dois poderes, pode-se dizer que tal atuação é legítima?

Fere a Separação dos Poderes, sendo esses independentes e harmônicos entre si?

_

¹²⁶ BRASIL, op. cit., 119.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

 ¹²⁷ Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
 128 BRASIL. *Lei nº 11.340/06*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CONJUR. *Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_da_penha_aplicada_proteger_homem. Acesso em: 30 abr. 2020.

O Ministro Luís Roberto Barroso¹³⁰, entende que, "[...]o ativismo judicial é uma atitude, um modo proativo de interpretar a Constituição, ampliando o seu sentido e alcance."

Ademais, o ativismo judicial no seu entendimento é uma maneira de atuação mais realista do Judiciário, preenchendo as lacunas deixadas pelos outros poderes, quer seja o legislativo em sua omissão na regulamentação de questões de relevância para a sociedade, ou quando o executivo extremamente burocrático não dá efetividade as políticas públicas, conforme determina a Constituição.

Hodiernamente, o Judiciário e em especial o STF vem tomando decisões de acordo com o texto constitucional para efetivar direitos fundamentais, numa atuação proativa e muitas vezes invadindo a competência dos outros dois poderes, abarcando para si questões políticas e sociais que deveriam ser tratadas pelo Legislativo e Executivo, como por exemplo o fornecimento de medicamentos aos menos privilegiados, ao aborto quando constatado a anencefalia, a união de pessoas do mesmo sexo, o direito ao nome social dentre outros.

Nesse cenário, é necessário o estudo do Ativismo Judicial, notadamente, a atuação do STF e suas implicações no Princípio da Separação dos Poderes, de sorte que tem-se tornado indubitavelmente evidente a cada dia nos tribunais.

O presente estudo tem o objetivo de suscitar a problematização de até que ponto essa conduta ativista interfere na cláusula pétrea da Separação dos Poderes?

Primeiramente, vale destacar o fenômeno da Jurisdição Constitucional, e para tanto, trazemos à baila, nas lições do jurista Barroso¹³¹, que conceitua:

[...]A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2020.

¹³¹ Idem. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 359.

O Estado Constitucional de Direito, tem como característica, a jurisdição constitucional, onde prepondera a supremacia da Constituição, disciplinando a elaboração das leis e atos normativos e mais, estabelecendo limites e impondo deveres de atuação dos três poderes, representativos do Estado.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, ou Suprema Corte a interpretação do texto constitucional, proferir decisões, cuja última palavra produz efeitos vinculantes, ou seja, *erga omnes*.

As questões mais relevantes com enfoque político, moral ou social estão sendo levadas e decididas pelo STF, em última instância, agregando-lhe mais poder, assumindo um protagonismo no cenário político e social do país.

O princípio da separação dos poderes, no Brasil, foi consagrado pelo constituinte originário, esculpido no art. 2º da Constituição, que preconiza "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

O doutrinador Pedro Lenza, ¹³² em sua obra, leciona que o constituinte originário deu o status de cláusula pétrea a separação dos poderes, garantido o impedimento de qualquer tentativa de mudança na Constituição que fira a separação dos poderes.

Para Gervasoni e Leal,¹³³ com o advento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, e o surgimento do Welfare State (Estado Social), previa um papel de Estado interventor, transferindo o foco do poder e desempenho para o Executivo.

Gervasoni e Leal,¹³⁴ ainda asseveram que, o judiciário passou a buscar a concretização dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão, a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito e a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão e, as decisões "ativistas" encontram competência prevista implicitamente na Constituição, mormente quando se atribui ao Judiciária a atribuição de concretização dos direitos fundamentais.

Preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:135

[...]a assunção de posições ativistas pelo Judiciário contraria o princípio da Separação dos Poderes. Para o autor, qualquer relativização da Separação dos Poderes deve ser vista com cautela uma vez que tal princípio é primordial para impedir eventuais abusos do Estado.

Já nas palavras de Elival da Silva Ramos:136

¹³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹³² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹³³ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 30.

¹³⁴ Ibidem, p. 31 e. 115

¹³⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial:* parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

[...]o Ativismo Judicial ultrapassa as linhas demarcatórias da função jurisdicional, invadindo, desta forma, a competência dos outros poderes, seja a Legislativa ou a Executiva. Contudo o autor ressalta que essa invasão não é extrema, lembrando que em certas situações a Constituição prevê uma interpenetração de funções, relativizando, desta forma, a Separação dos Poderes.

O STF como também os Tribunais, ao proferirem decisões ativistas, devem fazê-las de modo a não dar outra interpretação hermenêutica para o texto constitucional, pois se assim o fizer estará desconstituindo todo o aparato constitucional elaborado pelo Poder Constituinte Originário e, portanto, descaracterizando o que vem a ser cláusula pétrea, ou seja, a Separação dos Poderes.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal no exercício de suas competências, deve atuar nos limites que lhes foram outorgados pela Constituição, no sentido de garantir a completa e total aplicação do texto constitucional, sem que haja distúrbios interpretativos, fiscalizando e declarando possíveis inconstitucionalidades ou por atos que estejam em desacordo com os ditames constitucional, emanados dos poderes Legislativo e Executivo.

O anseio da sociedade é que o Judiciário, representado em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, venha com o Ativismo Judicial garantir o cumprimento dos valores constitucionais, efetivando e concretizando os direitos fundamentais, respeitando ao máximo a fronteira desses poderes.

Por derradeiro, constata-se que toda vez que o Poder Judiciário entra em cena para concretizar direito social, ocorre o ativismo judicial, avocando para si a competência dos outros poderes, em prol da tutela jurisdicional, que também é um direito fundamental. Destarte, através de uma visão positivista, entende-se que o ativismo judicial não tem o condão de ferir o Princípio da Separação dos Poderes, argumento esse levantado por grande parte da doutrina, uma vez que de forma proativa efetiva e concretiza os direitos fundamentais, diante da omissão legislativa e inércia do Poder Executivo.

2. FACETAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Denota-se cada vez mais a necessidade crescente do Poder Judiciário atuar ativamente, de modo a garantir a concretização da ordem mandamental constitucional, assumindo um papel contramajoritário, na medida que invalida atos de outros poderes, como também assume o papel representativo dos anseios da sociedade.

O Brasil viveu antes de 1988 a era ditatorial, na qual os direitos humanos eram violados e ignorados.

Com o advento da Constituição Cidadã promulgada em 1988, o Brasil passou de Estado brasileiro de regime totalitário para o Estado Democrático de Direito. Surge neste contexto o movimento do neoconstitucionalismo, que representou uma evolução interpretativa do Constitucionalismo, que além de ter caráter normativo, ou seja, a Constituição ganhou supremacia em face das normas infraconstitucionais, homenageando os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana elevada a categoria de Princípio Fundamental basilar do ser humano.

Tem-se nessa nova ordem constitucional o controle de constitucionalidade das leis, tendo como instrumentos capazes de inferir proteção aos direitos individuais e coletivos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão fulcrada no artigo 103, § 1º da CRFB¹³⁷e o mandado de injunção no art. 5°, LXXI da CRFB¹³⁸ e Lei nº 13.300/16.¹³⁹

O escopo do presente trabalho é aferir se essa atuação ativista do Poder Judiciário transborda sua competência em ofensa direta ao princípio da separação dos poderes.

Em apertada síntese, tal atuação do Judiciário vem ao encontro dos anseios da sociedade, uma vez que com essa conduta proativa concretiza o exercício de direitos, esculpidos na Carta Maior, proclamando a vontade do poder constituinte, dando efetividade à norma constitucional.

2.1. Papel do Judiciário face às omissões inconstitucionais

No momento histórico que precedeu à Constituição de 1988, no Brasil os direitos humanos não eram respeitados e diuturnamente eram violados, vivia-se num panorama histórico-político ditatorial.

¹³⁷ BRASIL, op. cit., nota 23.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹BRASIL. n^{o} Lei 13.300, 23 junho 2016. Disponível de de de em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

A promulgação da Carta Magna de 1988 trouxe um avanço, promoveu a transposição do Estado brasileiro imerso em um regime totalitário para o Estado Democrático de Direito, surgindo neste contexto o Neoconstitucionalismo, tendo como pedra fundamental a proteção do texto constitucional.

Diante desse novo cenário, do controle de constitucionalidade emergiram dois instrumentos preponderantes, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e o mandado de injunção (MI).

Tais instrumentos têm como pressuposto a existência de um direito constitucional de quem os invoca, e, aliado a isso, a impossibilidade de exercer tal direito, por ausência de uma legislação que integre o texto constitucional.

Paralelamente, sob os auspícios da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal se posicionou como nunca antes excedendo seus limites, no sentido de conceder, ele mesmo, através de decisão judicial o direito pretendido.

Tal postura do Poder Judiciário para alguns doutrinadores viola a separação dos poderes, sendo considerada ilegítima. Em breve síntese, observa-se que o Direito não está mais limitado, transcender seus limites é permitido desde que respeitados os princípios fundamentais.

Os tópicos abaixo abordam de forma geral a análise da atuação do Poder Judiciário na colmatação constitucional.

O princípio da dignidade humana ganhou ênfase na Constituição Cidadã de 1988, assim denominada, sofrendo diversas transformações o Direito, trazendo decisões judiciais alvissareiras.

Com a supremacia da Constituição Federal e a importância e relevância de seus preceitos, os bens jurídicos ganharam maior proteção, surgindo assim a vertiginosa expansão da jurisdição constitucional.

A impetração da ação de controle de constitucionalidade teve um maior número de legitimados, ampliando desta maneira a dimensão de seu mecanismo, trazendo novos instrumentos como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Se muitas vezes não é possível obter a resposta constitucionalmente adequada à luz da problemática imposta, dos fatos relevantes, ao juiz não mais lhe cabe, apenas aplicar o conhecimento técnico, buscando a solução extraída do enunciado normativo, mas sim, intérprete e coparticipante do processo de criação do Direito, analisando o trabalho do

legislador, ao valorar e preencher as cláusulas abertas e dar soluções possíveis para efetivação dos direitos aclamados.

Observa-se uma verdadeira síndrome de falta de efetividade das normas constitucionais, por tal motivo, as decisões do Poder Judiciário têm-se mostrado um reflexo positivo pós-constitucional, flexibilizando o princípio da separação dos poderes.

Ao longo dos anos, o homem tem-se posicionado de modo a garantir seus direitos fundamentais, direitos esses históricos, de lutas contra o velho poder, tais como o direito a novas liberdades, a igualdade, a não discriminação, garantindo a dignidade da pessoa humana, o bem estar individual e social.

Foi com o advento do neoconstitucionalismo, que a função de mero aplicador de normas, teve mudanças radicais, e este órgão que antigamente apenas se manifestava aplicando a letra fria da lei passou efetivamente a garantir os direitos fundamentais, ganhando protagonismo na seara política e social.

O Poder Judiciário vem recebendo muitas críticas, as quais alegam transposição da esfera de seu poder e invasão aos demais. Muito embora haja essa controvérsia, a esfera do Poder Judiciário tem diante das omissões dos outros poderes, garantir de modo efetivo as aspirações emanadas da Constituição Federal, de modo muito mais satisfatório do que teria feito o órgão a quem competia tal missão.

Chega-se à conclusão que é hora de novos paradigmas diante da flagrante falta de competência do Poder Legislativo para criação de novas leis que garantam os direitos esculpidos na Constituição. Nestes casos, os legitimados em nome dos titulares dos direitos passam a dispor de mecanismos com vistas a obter do Poder Judiciário, decisão que lhes permita suprindo a ausência de regulamentação de exercê-los.

As omissões legislativas e executivas são denominadas de síndrome da não efetividade das normas constitucionais, lesando os jurisdicionados deixando-os à míngua a todos aqueles que necessitam das prestações que devam ser disponibilizadas e garantidas pelo Estado, mormente diante do perfil de Estado Social.

Por muitas vezes, o poder executivo e o legislativo não se mostram comprometidos em cumprir os ditames constitucionais estabelecidos na Carta Magna de 1988, e desse modo, ferem de forma indireta, o princípio da separação dos poderes, regido pela Teoria dos Freios e Contrapesos, devendo gerir o Estado de modo eficiente, a fim de propiciar ao cidadão todos os benefícios ínsitos no texto constitucional.

Destarte, compete ao Poder Judiciário a magnânima função de tutelar com efetividade os mandamentos constitucionais, banindo a constitucionalização simbólica e homenageando o neoconstitucionalismo, tornando real os anseios do povo brasileiro.

O presente trabalho discorre os instrumentos de controle de constitucionalidade, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o Mandato de injunção, como mecanismos para suprir o deszelo dos poderes legislativo e executivo.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando atos legislativos ou administrativos deixam de ser praticados, os quais impostos pela Constituição, com a finalidade precípua de permitir a aplicação plena da norma constitucional.

Numa melhor abordagem, a inconstitucionalidade por omissão dar-se-á quando houver inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.

Nas palavras da doutrinadora Nathalia Masson¹⁴⁰:

[...] a letargia governamental em adotar medidas imprescindíveis à realização concreta das diretrizes constitucionais, mantendo-se inerte diante do dever de cumprir as determinações que a Constituição impõe, ocasiona a inequívoca violação negativa do texto constitucional.

Corrobora seu entendimento ainda, diante deste não fazer estatal, do não agir dos Poderes Públicos, "[...]exsurge a inconstitucionalidade por omissão, podendo esta ser total (ou absoluta), quando não há nenhum resquício de regulamentação da norma constitucional.".¹⁴¹

Aduz ainda, "[...]ou parcial, decorrente de execução defeituosa ou insuficiente do dever constitucional de efetivar a própria Constituição" 142

Afronta o texto constitucional e viola os direitos nele consagrados, quando o Poder Público deixa de agir inércia ou negativa de atuação.

O Min. Celso de Mello¹⁴³, no julgamento do Mandado de Injunção nº 542-SP, relata o desafio de superar a inefetividade de alguns dispositivos do documento constitucional, "[...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado."

¹⁴² Ibidem.

¹⁴⁰ MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1332-1333.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴³ MI n° 542-SP apud Ibidem, p. 1333.

E continua, "[...] é que nada se revela de mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la."

Conclui "[...] com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos."

Leciona Guilherme Peña de Moraes¹⁴⁴ em sua obra que a inconstitucionalidade por omissão decorre de conduta omissiva ou negativa do Estado no campo do processo legislativo, de modo que não ocorre, em linha de princípio, a produção normativa reclamada por regra constitucional.

Toda vez que o Poder Legislativo deixa de observar o seu dever de legislar, tem-se instalada a omissão inconstitucional, notadamente, pela inobservância do comando constitucional.

A Constituição de 1988, denominada de Constituição Cidadã inaugurou mecanismos de controle de constitucionalidade, são eles: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Segundo Rodrigo Lopes Lourenço¹⁴⁵, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe uma violação ao dever de legislar – *Verfassungauftrag* – vertida em norma constitucional de eficácia limitada declaratória de princípio institutivo ou pragmático, pois prescindem de regulamentação para sua aplicabilidade.

Preleciona José Afonso da Silva¹⁴⁶ em sua obra que o dever constitucional de legislar está sob o manto da natureza de obrigação jurídica sem sanção jurídica específica, não permitindo ao órgão julgador ao declarar a omissão inconstitucional, impor ao Poder do Estado a produzir norma regulamentadora reclamada, limitando-se a constituí-lo em mora, certificando-o a adotar as medidas necessárias e, em caso de função administrativa, estipulando prazo de 30 dias para a realização da providência reivindicada.

Assegura Barroso¹⁴⁷ que a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a inércia de qualquer Poder do Estado, em um lapso de tempo razoável, tempo esse necessário para a elaboração de norma regulamentadora mediante aferição segundo o princípio da razoabilidade.

-

¹⁴⁴ POLETTI apud MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. reform., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 653.

¹⁴⁵ LOURENÇO apud Ibidem.

¹⁴⁶ SILVA apud ibidem., p. 654.

¹⁴⁷ BARROSO apud ibidem.

Segundo o Min. Marco Aurélio¹⁴⁸ em relatoria na ADPF-MC n° 347, a inconstitucionalidade por omissão não pode ser confundida com a lacuna de legislação, na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pede que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e seja determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. Para o ministro, o papel do Supremo diante desse quadro é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas. "Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional", concluiu.

Noutro giro, segundo Luiz Alberto Gurgel de Faria¹⁴⁹, a lacuna técnica, contrariamente a omissão constitucional, não requer intervalo razoável de tempo. Pode ser suprida por um dos mecanismos elencados no art. 4º da LINDB¹⁵⁰, notadamente, pela analogia, bons costumes e princípios gerais de direito, devendo a omissão inconstitucional ser sanada por mecanismos político-jurídicos ou estritamente jurídicos, quais sejam: mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por omissão resulta pois da lerdeza de agir de qualquer um dos poderes da República, como por exemplo, quando o legislador deixa de criar norma integradora que traria os efeitos às normas e eficácia limitada, ou, no caso de o poder administrativo deixar de regulamentar dispositivo que permitiria a execução de políticas públicas.

Esclarece o Min. Gilmar Mendes¹⁵¹ sobre o referido instrumento:

[...] não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. O controle abstrato da omissão poderá ser instaurado pelos mesmos legitimados.

Os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os mesmos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade ADI, lembrando que tal

¹⁴⁸ ADPF-MC n° 347 apud ibidem.

¹⁴⁹ FARIA, apud ibidem, p. 655.

BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

151 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional no Brasil*: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Discurso proferido no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Européias, realizado em Vilnius, capital da Lituânia, de 2 a 6 de junho de 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

mecanismo não é destinado aos casos concretos, que para tanto se utiliza o Mandado de Injunção.

2.1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, cujo objetivo precípuo é tutelar a ordem constitucional objetiva, que pela inércia governamental em regulamentar e concretizar as disposições constitucionais se vê abalada e ferida em seu âmago, com isso, concretizar as disposições constitucionais. Está prevista no art. 103, § 2º da CRFB/88¹⁵² e regulamentada pela Lei nº 12.063/2009¹⁵³, que modificou a Lei nº 9.868/1999, é o que preleciona Nathália Masson¹⁵⁴.

Em que pesem os dois instrumentos jurídicos terem sido criados pelo poder constituinte originário em 1988, a fim de que estes combatessem o grave comportamento estatal que inviabiliza a concretização dos direitos e liberdades constitucionais, de modo a resguardar a supremacia constitucional ante a ausência de legislação pertinente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal¹⁵⁵ inadmite a conversão de um instrumento no outro, não havendo entre eles, fungibilidade, quando do julgamento do MI (QO) 395-PR.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não defende interesses subjetivos, papel reservado ao mandado de injunção, conclui Nathália Masson¹⁵⁶.

É importante salientar que o texto constitucional trata de uma diversidade de assuntos, e por tal motivo o constituinte originário optou por descrevê-los genericamente, reservando competência ao poder legislativo o posterior dever de regulamentação. Tal procedimento, segundo José Afonso da Silva, originou normas de eficácia limitada¹⁵⁷, carecedoras de regulamentação, pois na ausência desta produzem um mínimo de efeitos.

Tem-se que o objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão tem por objeto as normas constitucionais de eficácia limitada não regulamentadas, onde a ausência de regulamentação que enseja a propositura da ADO pode ser elencada, a saber:

(i) Omissão total – abstenção plena do Poder Público.

¹⁵² BRASIL, op. cit., nota 23.

¹⁵³BRASIL. *Lei n° 12.063*, de 27 de outubro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm Acesso em: 19 jun. 2020.

¹⁵⁴ MASSON, op. cit., p. 1332-1333.

¹⁵⁵ MI (QO) 395-PR, apud ibid., p. 1333.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Para Maria Helena Diniz são as normas constitucionais de eficácia relativa complementável apud ibid.

- (ii) Omissão parcial há regulamentação, porém insuficiente, neste caso o STF entende ser possível a propositura de ADO quanto de ADI, havendo fungibilidade entre elas.
- (iii) Omissão legislativa Poder Legislativo se mantém inerte ao não apresentar Projeto de Lei ou não dar andamento a projeto já em trâmite.
- (iv) Omissão administrativa quando não adotadas as providências necessárias para a execução das determinações constantes no texto constitucional. Segundo STF neste caso só é cabível a ADO em relação a ato normativo, seja primário ou secundário. Há divergência sobre o entendimento da Corte.

Os legitimados a propor no STF a ADO estão inscritos no art. 103, CRFB/88¹⁵⁸, quais sejam:

- I o Presidente da República;
- II a Mesa do Senado Federal;
- III a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI o Procurador-Geral da República;
- VII o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quanto à legitimidade passiva, é sempre dos órgãos ou autoridades responsáveis pela edição da medida que deva dar efetividade aos direitos esculpidos no texto constitucional.

A Lei nº 12.063/2009 trouxe possibilidade de concessão de medida cautelar, notadamente, Tutela de Urgência, em seu art. 12-F, depende da comprovação dos pressupostos legitimadores, tanto para ADO total quanto para ADO parcial, no caso de excepcional urgência e relevância da matéria, onde o Tribunal em maioria absoluta, ou seja, desde que presentes oito ministros, poderá conceder medida cautelar após audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis por omissão inconstitucional, devendo se pronunciarem no prazo de cinco dias.

Frisa-se que a concessão de cautelar consiste na determinação de que os juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato

_

¹⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 23.

normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo, que deverá ocorrer até cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Quanto aos efeitos da decisão definitiva de procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, produz efeitos *erga omnes*, efeitos vinculantes e retroativos (*ex tunc*, em regra), sendo admissível a modulação dos efeitos temporais quando houver a declaração de inconstitucionalidade da norma, isto é, de improcedência do pedido.

Importa no reconhecimento judicial de que há inaceitável inércia por Parte do Poder Público, conferindo à Corte, tão somente, o poder de noticiar (cientificar) o legislador ou órgão administrativo que incorre em mora, para que então o responsável adore as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. O STF não está autorizado a produzir provimentos normativos a fim de superar a inércia do órgão inadimplente e, portanto, resolver o estado de inconstitucionalidade, leciona Nathália Masson¹⁵⁹.

Narra em sua obra, Nathália Masson¹⁶⁰, que no julgamento da ADO 25 em 2016, os efeitos desse instrumento constitucional sofreu um significativo abalo, que por maioria julgou procedente a ação para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT¹⁶¹, fixando o prazo de 12 meses para que fosse sanada a omissão, e determinando que concretizando a hipótese de transcorrer *in albis* o prazo mencionado, caberia ao Tribunal de Contas da União regulamentar o dispositivo constitucional.

É fato que o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo vem exercendo notória influência sobre as decisões judiciais, permitindo a aproximação da Justiça, com total capacidade de transgredir primitivos parâmetros do Direito positivado, com o objetivo precípuo de proteger direitos fundamentais, na essencialidade de homenagear o bem estar individual e social, garantindo a efetividade da dignidade da pessoa humana.

Diante da conjuntura atual, predominada pela reiterada desídia dos poderes legislativo e executivo, omissos aos ditames do Estado de Direito, exsurge o protagonismo do Judiciário, com a nobre responsabilidade de garantir a efetivação e concretização dos direitos esculpidos na Constituição Cidadã.

_

¹⁵⁹ MASSON, op. cit., p. 1337.

¹⁶⁰ Ibidem.

BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html Acesso em: 19 jun. 2020.

2.1.2. Mandado de Injunção

A Constituição Federal promulgada em 1988, inaugurou direitos e garantias fundamentais, e para que tais direitos sejam exercidos, necessário se faz a edição de lei ou ato normativo para regulá-los. Como exemplo, cabe citar o direito dos servidores de exercerem a greve, que para tal se faz necessária uma lei para regulamentar esse direito. (art. 37, VII, da CF/88)162.

A Carta Magna então, com o zelo sobre a concretização desses direitos, previu no texto constitucional um instrumento que resolvesse a omissão legislativa, e criou o mandado de injunção.

O mandado de injunção na sua concepção, nasce como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, com o objetivo de tutelar direitos subjetivos.

Segundo Nathália Masson¹⁶³, o Mandado de Injunção então, como instrumento, ou melhor, como garantia constitucional, é uma ação constitucional, de natureza civil e de procedimento especial, atualmente regulamentada pela Lei nº 13.300/2016¹⁶⁴, que pretende viabilizar o exercício de direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nossa nacionalidade, soberania ou cidadania, inviabilizados pela falta de norma regulamentadora.

Seu objetivo é combater a inefetividade das normas constitucionais, visando aos direitos subjetivos que não se concretizam e não estão sendo exercidos em razão da falta de norma regulamentadora.

Tem por finalidade primeira viabilizar o exercício de direitos esculpidos na Constituição, como também secundariamente combater a inércia dos Poderes Públicos.

É, portanto, o instrumento legal apropriado capaz de suprir as omissões legislativas que, pairem sobre direitos e liberdades, no âmbito constitucional, quanto à soberania, à cidadania e à nacionalidade, toda vez faltar norma regulamentadora, criando assim um liame de causalidade entre o direito e a omissão.

Todo cidadão, titular de qualquer direito, prerrogativas ou liberdades que estejam expressas na Constituição, e que não possam ser exercidos por falta de lei que os regulamentem, pode se valer do Mandado de Injunção para os efetivarem.

¹⁶³ MASSON, op. cit., p. 576.

¹⁶² BRASIL, op. cit., nota 119.

¹⁶⁴BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 19 jun. 2020.

O presente estudo visa abordar a garantia injuncional, em seu aspecto histórico, sua natureza jurídica, rol de legitimados, sua distinção em relação a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e a evolução deste instrumento constitucional trazido pela Carta de 1988.

Neste trabalho monográfico, o objetivo é mostrar como o Supremo Tribunal Federal tem-se posicionado no julgamento deste remédio constitucional.

A Constituição Federal traz consigo os valores de maior importância para a Nação. Nelas estão criteriosamente esculpidos direitos e garantias, resguardando efetividade máxima para suas normas.

Teve o legislador constituinte o cuidado de elencar direitos e como eles seriam exercidos, dando aplicabilidade imediata aos que julgou serem mais importantes, e a outros preferiu delegar aos legisladores infraconstitucionais a sua regulamentação.

O Constituinte Originário ao criar o instituto do mandado de injunção, tinha a ideia de que este remédio constitucional, cumprisse sua finalidade de suprimir as lacunas constitucionais entre seu texto e a regulamentação ora repassada a outros órgãos institucionais.

O mandado de injunção tem como premissa preencher as lacunas em seu texto constitucional, conferindo vitaliciedade e visando neutralizar todas as lesividades que resultem de omissões legislativas das normas constitucionais de eficácia limitada. 165

Preconiza o art. 5°. LXXI do texto constitucional "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". 166

Toda vez que o cidadão não puder exercer um direito, isto é, direito no sentido amplo, em razão de não ter norma regulamentadora editada, poderá ingressar com a ação de "mandado de injunção", requerendo ao Poder Judiciário o reconhecimento de omissão do Poder Público, e, então possibilitar o exercício desse direito, face à falta de lei ou ato normativo regulamentador.

No entendimento de Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Viana¹⁶⁷:

[...]O mandado de injunção (MI) é instrumento processual instituído especialmente para fiscalizar e corrigir, concretamente, as omissões do Poder Público em editar as normas necessárias para tornar efetivos direitos e liberdades constitucionais e

¹⁶⁵ As normas constitucionais de eficácia limitada são normas cuja aplicabilidade é mediata, indireta e reduzida. Dependem da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador lhes integrando a eficácia mediante lei, dê-lhes capacidade de execução dos interesses visados.

¹⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 119.

¹⁶⁷ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo II - Direito Constitucional Positivo. 5 ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 230.

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5°, LXXI, da Constituição).

Leciona o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes¹⁶⁸:

[...] "O art. 5°, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado deste instrumento destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2°, um sistema de controle abstrato da omissão.

Ocorre o fenômeno intitulado de "síndrome da inefetividade das normas constitucionais¹⁶⁹, toda vez que houver omissão na edição de regulamentação, tornando as normas constitucionais ineficazes. Não editando, o legislador, normas que regulamentem o exercício de direitos constitucionais, denota-se portanto, em uma omissão inconstitucional, notadamente, um comportamento frontalmente ofensivo à Constituição.

A fim de sanar essa "síndrome", a Constituição Federal inaugura dois institutos que se propõem a profilaxia desses sinais e sintomas observáveis que inviabilizam a concretização dos direitos fundamentais, quais sejam, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Aqui trata-se de explanar tão somente o Mandado de Injunção e o seu impacto no Poder Judiciário.

O remédio constitucional do mandado de injunção foi a maneira pela qual se buscou solucionar a falta de regulamentação para que direitos fossem satisfeitos, em detrimento da inércia ou morosidade do poder legislativo, que muitas vezes torna esses direitos inviáveis.¹⁷⁰

Abordar-se a seguir, o que vem a ser o "fenômeno da síndrome de inefetividade das leis", e mostrando que para efetivação dos direitos individuais e coletivos, diante de um sistema jurídico vagaroso, se venha obter a sua instrumentalização.

No desenvolvimento deste subcapítulo, tem-se por finalidade aprofundar o estudo de normas concernentes ao arcabouço jurídico pátrio, e sua pertinência tanto na seara normativa

¹⁷⁰ Ibidem.

_

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1205.

¹⁶⁹ DIAS, Norton Maldonado; NUNES, Karen Adriane Rosa. *Mandado de Injunção e a Síndrome de Inefetividade das normas constitucionais*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/ portal/page/ portal/documentacao _e_ divulgacao/ doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_ 2006/Rev-FD-SBC_v.25_ n.1.07.pdf. Acesso em: 20 mai. 2020

quanto social. Além de aclarar os procedimentos trazidos pela Lei nº 13.300/2016¹⁷¹ que inaugurou e estabeleceu novos parâmetros no que tange ao mandado de injunção.

O mandado de injunção surgiu com a promulgação da Constituição de 1988, momento histórico em que o constituinte originário se preocupou com a eficácia dos chamados remédios constitucionais, no cenário jurídico então constituído 1772

A origem do mandado de injunção foi amplamente discutido àquela época, a institutos do direito comparado, especialmente, ao direito alemão, português e inglês, por sua incerteza por não se vislumbrar curar omissões legislativas.

Nas lições de Willis Santiago Guerra Filho¹⁷³, esta controvérsia surgiu, notadamente, "devido ao estado de dúvida e incerteza, criado em torno do mandado de injunção".

Duas correntes se posicionaram na doutrina acerca do surgimento do mandado de injunção, a primeira defendia que o instituto em comento teria surgido devido a influência dos ordenamentos jurídicos alemão, inglês e português, outra corrente atribui ser originário do ordenamento jurídico brasileiro.¹⁷⁴

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio, em destaque a Lei Maior de 1988, elenca uma diversidade de normas constitucionais com eficácia limitada, notadamente, de eficácia indireta, mediata e reduzida, carecedoras de uma normatização a posterior.¹⁷⁵

Passados trinta e dois anos de sua promulgação, tem-se ainda presente uma omissão de regulamentação das normas constitucionais de eficácia limitada.

É premissa constitucional que os direitos fundamentais efetivados sejam concretizados e aplicados tanto no seu foco individual quanto no coletivo, e a falta de efetividade destes põe em risco a própria ordem constitucional. Para tanto, faz-se necessário que o Poder Legislativo esteja imbuído de regulamentá-las, isto é, as normas de eficácia limitada.

Segundo Barroso¹⁷⁶, circundava no meio jurídico a preocupação de criar um mecanismo para frear a omissão inconstitucional, em prol de "uma maior efetividade das normas

¹⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

¹⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 160.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷⁴ MACIEL, Marcela Albuquerque. *O Mandado de Injunção*: Origens e trajetória constituinte. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-mandado-de-injuncao-origens-e-trajetoria-constituinte/. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁷⁵ RABELO, Marina Vieira. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção: efetividade das normas constitucionais. Disponível em: ">http:duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionais>">http://duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionais>">http://d

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da constituição brasileira. Imprenta: Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 247.

constitucionais que, em regimes passados, pereciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos delas decorrentes", assevera ainda que, "a efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional".

A Constituição de 1988 representou o marco zero de uma repaginação na história do país. Trilhou-se um novo caminho onde o povo passou a integrar a vida política do Brasil, tornando-se o protagonista desse processo, lado a lado com a aristocracia de outrora e a tal burguesia que se fez emergir.¹⁷⁷

Esse período histórico, foi marcado pela transição de um poder ditatorial, no qual se constatou a supressão de garantias e direitos fundamentais, migrando-se para um regime democrático, preocupado inovar o modelo constitucional a fim de garantir a efetividade e concretização de direitos por este esculpidos, proporcionando ao povo exigi-los do Estado, intitulado Estado Democrático de Direito.

A nova constituição surgiu então, intitulada "Constituição Cidadã", assim denominada pelo então constituinte originário, Ulysses Guimarães, por haver uma maior interação do povo, isto é, uma efetiva participação popular homenageando a dignidade da pessoa humana em seu arcabouço.¹⁷⁸

As normas de eficácia limitada ou reduzidas foram objeto de preocupação do constituinte originário, no que concerne a sua aplicabilidade, uma vez lacunosas, mister se fez criar mecanismos que se propusessem a dar efetividade a essas normas, surgindo aí o mandado de injunção, meio pelo qual pode o cidadão, individualmente ou coletivamente valer-se desse remédio constitucional para invocar mediante ação civil junto ao Judiciário, a fim de exigir a regulamentação de uma norma ou preceito ainda não estatuído em lei.¹⁷⁹

O Mandado de Injunção é nas palavras de José Afonso da Silva¹⁸⁰ é uma nova garantia preconizada no art. 5°, inciso LXXI, da Constituição de 1988: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à *cidadania*. O Mandando de Injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do Juízo de Equidade. Ou seja, é um

_

¹⁷⁷ Idem; BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj _online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁷⁸ DIAS, Norton Maldonado; NUNES, Karen Adriane Rosa. *Mandado de Injunção e a Síndrome de Inefetividade das Normas Constitucionais*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.25_n.1.07.pdf. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 448.

remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente.

Ainda no entendimento de José Afonso da Silva, sua finalidade precípua consiste em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional propulsora daqueles direitos e prerrogativas, inerte por falta de regulamentação, revelando-se, pois, em instrumento para realização prática do que dispõe o art. 5°, parágrafo 1° da Constituição de 1988¹⁸¹:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindose liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Denota-se, portanto, que as liberdades estão previstas em normas constitucionais de aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação.

Ainda nas palavras de José Afonso da Silva¹⁸², os pressupostos do remédio constitucional são: (i) a falta de norma regulamentadora do direito, da liberdade ou prerrogativa reclamada; (ii) ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo.

Neste sentido, o mandado de injunção tem por finalidade garantir ao impetrante realizar concretamente o direito, a liberdade ou prerrogativa, sempre que a omissão legislativa quanto à elaboração de norma regulamentadora que torne inviável a sua efetivação.

Silva¹⁸³ ainda nos traz à lume que o mandado de injunção não se presta a solicitar a expedição de norma regulamentadora, pois não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme disposto no art. 103, § 2º da Constituição Federal de 1988.

Para ilustrar, traz-se o exemplo de que o acesso ao ensino básico é um direito público subjetivo, acionável contra o poder público mediante mandado de injunção.

Assevera que, não importa qual seja a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falte, o interessado é legitimado a propor mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares. Portanto, cabe mandado de injunção tanto nas relações de natureza pública quanto nas relações privadas, como podemos citar, nas

-

¹⁸¹ BRASIL, op. cit., nota 23.

¹⁸² SILVA, op. cit., p. 449.

¹⁸³ Ibidem.

hipóteses elencadas no art. 7º da Constituição Federal de 1988¹⁸⁴, nas relações de emprego privado.

Tem-se, portanto, que, não depende de regulamentação para ser aplicado o disposto no art. 5°, inciso LXXI da Constituição de 1988: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Sua aplicação é norma de eficácia imediata e, os juízes não poderão deixar de atender a toda e qualquer demanda que lhes for dirigida, não podendo também deixar de decidir, dado o monopólio jurisdicional (*non liquet*)¹⁸⁵

O Mandado de Injunção trata-se de um remédio constitucional de suma importância quanto a sua incidência, dessarte a fulcral morosidade do Poder Legislativo em regulamentar normas constitucionais de eficácia limitada, tornando-se um meio eficaz a ser perseguido como forma de garantir a aplicabilidade de direitos e garantias fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988, de modo a compelir o Poder Judiciário a criar solução diante de uma omissão normativa ou legislativa do Poder Público.

Segundo Alexandre de Moraes¹⁸⁶, os efeitos do mandado de injunção se subdividem em dois grupos: concretista e não concretista. Sendo que a posição concretista se subdividi em geral e individual, podendo ainda esta última se subdividir em direta e intermediária.

Elucida Moraes¹⁸⁷ que a posição concretista seria aquela na qual o Poder Judiciário, ao julgar o mandado de injunção, por intermédio de uma decisão constitutiva, declarar a existência de uma omissão inconstitucional e, concomitantemente, implementar o direito requerido, até que venha ser instituída norma regulamentadora.

E mais, em se tratando de posição concretista geral, a decisão no mandado de injunção teria efeito *erga omnes*, dada a normatividade geral. Ao passo que na concretista individual, a decisão somente produziria efeitos entre as partes, beneficiando tão somente ao autor do mandado de injunção. E essa posição individual se subdividiria em direta e intermediária. Sendo que na direta, o Poder Judiciário ao julgar pela procedência do pedido, implementaria a eficácia da norma suscitada. Na intermediária, o magistrado o juiz deveria estipular um prazo para que o Poder Legislativo elaborasse a norma regulamentadora e, tão somente quando esse prazo

¹⁸⁴ BRASIL, op. cit., nota 23.

¹⁸⁵ OLIVEIRA apud SILVA, op. cit., p. 453.

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 175.

¹⁸⁷ Ibidem.

viesse a ser esgotado, fixaria a posteriori as condições necessárias ao exercício do direito obstado pela omissão inconstitucional.

Conclui Moraes¹⁸⁸, que a posição não concretista, o mandado de injunção tem por finalidade o reconhecimento formal da omissão, levando-se ao órgão omisso a ciência da falta de regulamentação da norma questionada nesse remédio constitucional.

Segundo Hage¹⁸⁹, a doutrina majoritária, é unânime no sentido de rejeitar a posição não concretista, não refletindo tal posicionamento no que concerne ao entendimento jurisprudencial do instituto, no sentido da semelhança recorrente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Moraes¹⁹⁰, esclarece que sua posição coaduna com a corrente concretista individual intermediária, uma vez que considera que essa "adequa-se perfeitamente à ideia de Separação de Poderes".

Em outras palavras, Canotilho¹⁹¹ entende ser o mandado de injunção um mecanismo que aplicado no caso concreto, viabiliza o exercício de um direito não concretizado, por omissão legislativa na falta de norma regulamentadora, não atingindo sua eficácia *erga omnes*.

Guilherme Peña¹⁹², em sua obra aduz que as omissões inconstitucionais se tornam evidentes toda vez que qualquer poder do Estado fica inerte, em um determinado tempo em contrariedade ao dever de legislar.

Preleciona Peña¹⁹³ que o mandado de injunção tem natureza jurídica dúplice, sob o ângulo constitucional ou processual. Sob o ângulo constitucional, o mandado de injunção tem natureza jurídica de remédio constitucional tutelando direitos subjetivos constitucionais que estejam inviabilizados pela lacuna legislativa, ou seja, ausência de norma regulamentadora.

Sob o aspecto processual, o mandado de injunção tem natureza de ação cível, quer seja por pretensão individual, singular ou plúrima, podendo ser deduzida em juízo ou tribunal, sob procedimento especial de jurisdição contenciosa¹⁹⁴.

Peña adverte que a tutela dos direitos metaindividuais pelo mandado de injunção coletivo não era uníssona. Para Rodrigo Reis Mazzei, poderia se utilizar desse mecanismo, ou

¹⁸⁹ HAGE, Jorge. A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Ano 5, nº 9, p. 111-142, 1997.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁹⁰ MORAES, op. cit. p. 178.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

¹⁹²GAMA, apud MORAES, op. cit., p. 127.

¹⁹³ ALVEZ apud ibidem, p. 350.

¹⁹⁴ MIRANDA apud ibidem, p. 351.

seja, do mandado de injunção coletivo por analogia do art. 5°, inc. LXX, da CRFB¹⁹⁵. Já Calmon entendia não ser possível a utilização do mandado de injunção coletivo, pelo silêncio eloquente, não confundindo esse com a lacuna da legislação¹⁹⁶, entendimento contrário ao STF, STJ e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que garante legitimidade para impetrar o mandado de injunção coletivo ao Ministério Público, Defensoria Pública, Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e organizações sindicais, cuja destinação visa viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas, em favor de categorias representadas por essas instituições, assegurados pela ordem constitucional, fulcrados no que dispõe os arts. 12 e 13 da Lei nº 13.300/16¹⁹⁷.

Aduz ainda Peña em sua obra, o cabimento da ação injuncional, quanto à norma regulamentadora, legal ou regulamentar, material ou formal, requer precipuamente a existência de lacuna técnica ou omissão inconstitucional, 198 existindo sete precedentes jurisprudenciais: (i) o mandado de injunção não é cabível na hipótese em que a norma regulamentadora houver sido recepcionada pelo novo ordenamento constitucional¹⁹⁹. (ii) o mandado de injunção não é cabível para a disciplina das relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei no prazo de 60 dias, em virtude da recusa ou omissão do Congresso Nacional, não tendo havido reedição pelo Presidente da República²⁰⁰; (iii) o mandado de injunção não é cabível na hipótese em que a norma regulamentadora houver sido produzida, não se revelando juridicamente possível, em sede de mandado de injunção, a suspensão da eficácia da norma regulamentadora²⁰¹; (iv) a impetração do mandado de injunção é prejudicada pela "superveniência de revogação do dispositivo constitucional que se pretende regulamentar" e pela "superveniência de norma que regularmente o dispositivo constitucional a que se refere o mandado de injunção", na linha do art. 11, parágrafo único da Lei nº 13.300/16²⁰²; (v) o mandado de injunção não é cabível para a anulação do ato administrativo ou judicial, como substituto do mandado de segurança²⁰³; (vi) o mandado de injunção não é cabível na hipótese de inexistência de norma constitucional que consubstancie determinado direito subjetivo²⁰⁴;

. .

¹⁹⁵ MAZZEI apud ibidem.

¹⁹⁶ PASSOS apud ibidem.

¹⁹⁷ Mandado de Injunção apud MORAES, op. cit., p. 175.

¹⁹⁸ MACIEL, Marcela Albuquerque. *O Mandado de Injunção*: Origens e trajetória constituinte. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-mandado-de-injuncao-origens-e-trajetoria-constituinte/. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁹⁹ MI n° 144 apud MORAES, op. cit., p. 164.

²⁰⁰ MI n° 415 apud ibidem, p. 178.

²⁰¹ MI n° 73 apud ibidem., p. 160.

²⁰² MI n° 1.011 apud ibidem.

²⁰³ MI nº 438 apud ibidem.

²⁰⁴ MI nº 613 apud ibidem.

(vii) o mandado de injunção não é cabível para a implementação de isonomia ou paridade, obtenção de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos²⁰⁵.

Quanto ao nexo de causalidade, Irineu Strenger²⁰⁶, entende que o exercício do direito subjetivo explicitado em norma constitucional de eficácia limitada, deve ser obstado pela inexistência de normatização, legal ou regulamentar, material ou formal.

Peña cita em sua obra, Yarshell, que aduz que os pronunciamentos jurisdicionais, interlocutórios ou finais, terminativos ou definitivos, são denominados de "tutela de urgência" ou "tutela de mérito"²⁰⁷.

Em relação a tutela de urgência, Regina Quaresma²⁰⁸ entende que não é admissível medida cautelar no mandado de injunção, de igual modo que também não se admite o ajuizamento de ação cautelar incidental ao mandando de injunção, pelo fato de ser impróprio se dar provimento em ação injuncional.

No caso de tutela de mérito, Luiz César Souza de Queiroz, opina que a decisão de procedência pode ser meramente declaratória, e no caso da sentença ou acórdão resulte na constituição do órgão remisso em mora, condenatória, se a sentença ou acórdão regule as condições do exercício do direito subjetivo constitucional, no lapso temporal de término do prazo judicial para elaborar norma regulamentadora, ou constitutiva, caso a sentença ou acórdão tenha redundância na produção da norma a ser aplicada ao caso concreto, geral e abstrata ou individual e concreta.²⁰⁹

O mandado de injunção tem amparo nos institutos de mesma similitude no direito comparado, surgiu do anseio da Assembléia Constituinte de 1988, com o objetivo de sanar a omissão constitucional, sendo reconhecido como direito subjetivo à elaboração normativa.

O Min. Barroso²¹⁰ intitula o mandado de injunção de algo "que foi sem nunca ter sido", pelo seu esquecimento devido ao pouco sucesso até os dias atuais.

Devemos lutar para que ele se efetive no ordenamento jurídico pátrio como eficaz remédio constitucional, sendo verdadeiro instrumento com eficácia na viabilização dos direitos, liberdades e prerrogativas individuais e coletivas, premissa de todos que buscam na Constituição a garantia da concretização dos direitos fundamentais.

²⁰⁵ BRASIL. *MI nº* 247, Min. Néri da Silveira, J. 5.7.1993, DJU 8.4.1994; STJ, MI nº 171, Rel. Min. Waldemar Zveiter, J.21.8.2000, DJU 29.8.2000, e TJRJ, Proc. nº 2002.046.00003, Rel. Des. Amaury de Souza, J. 30.9.2002, DORJ 1°.11.2002.

²⁰⁶ STRENGER apud MORAES, op. cit., p. 356.

²⁰⁷ YARSHELL apud Ibidem.

²⁰⁸ QUARESMA apud Ibidem.

²⁰⁹ QUEIROZ apud Ibidem.

²¹⁰BARROSO, op. cit., p. 247.

A comunidade jurídica acomodada, muitas vezes derrotista deixa de publicitar seu inconformismo, atribuindo caráter definitivo a jurisprudência, como se impossível modificá-la.

Ressalta-se, por fim, que o princípio da separação dos poderes esculpido no artigo 2º da Constituição Federal²¹¹não deve ser considerado como um impedimento à efetivação do Mandado de Injunção.

2.1.3. Mandado de Injunção Coletivo

O Poder Judiciário face à inoperância dos Poderes Executivo e Legislativo, quando estes deixam de implementar garantias constitucionais e prerrogativas quanto à nacionalidade, à soberania e à cidadania, desempenham um verdadeiro papel de garantidor dos direitos esculpidos no texto constitucional, diante da falta de regulamentação ou pela inércia na concretude de políticas públicas.

O Min. Marco Aurélio²¹² melhor exprime seu parecer quanto a aplicabilidade do Mandado de Injunção, " é tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes".

Ainda, discorre que, "é tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo.

Continuando sua explanação, "[...], resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5° da Constituição Federal, ao cidadão."

E mais, "[...] Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais."

Continua, "[...] Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador."

Por derradeiro, elucida "[...] Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos Tribunais do Trabalho."

-

²¹¹ BRASIL, op. cit., nota 23.

²¹² Mandado de injunção de n.º 721, datado de 27/09/2006.

Finalizando seu entendimento, "[...] no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que previstas no § 2º do artigo 114 da 12 CRFB, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho."

Mister elucidar que o mandado de injunção visa efetivar imediata aplicabilidade aos "direitos e liberdades constitucionais", como também os pressupostos inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sendo certo que seu exercício é inviabilizado pela falta parcial ou total de norma ordinária que a discipline.

Neste contexto, instrumentaliza-se de acordo com artigo 5°, parágrafo 1° da Constituição Federal, a conclamar o Poder Judiciário a fim de que este supra a inércia do legislador infraconstitucional diante de um caso concreto, de modo que este crie a norma necessária ao exercício de direitos pelos cidadãos, ainda que provisoriamente.

O STF admite a possibilidade de impetração do mandado de injunção coletivo, amparado no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, embora na modalidade coletiva não tenha sido expressamente prevista na Carta Constitucional, "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Destarte, é possível, de modo elucidativo a impetração de mandado de injunção coletivo por organização sindical, com o intuito de que seja criada norma regulamentadora do direito de seus associados pelo Juiz, desde que atendidos os pressupostos contidos no art. 5°., LXXI da CRFB/88²¹³.

Como exemplo, podemos citar o julgamento do MI 472-2, onde Nery Junior²¹⁴ discorre em sua obra um precedente proferido pela Corte Suprema: Mandado de Injunção. Organismos sindicais e entidades de classe. O STF firmou-se no sentido de admitir a utilização do STF, MI 472-2, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.11.1994, DJU 22.11.1994, p. 31867.

O mandado de injunção coletivo destina-se à tutela de direitos coletivos em sentido lato, conforme se extrai da leitura do artigo 21 da Lei nº 12.016/2009, que dispõe sobre o mandado de segurança individual e coletivo, como também discorre sobre outras providências, aplicável tanto para o mandado de injunção individual quanto para o coletivo, no que for cabível.

²¹³ BRASIL, op. cit., nota 23.

²¹⁴ NERY JUNIOR, N. Constituição Federal Comentada. São Paulo: RT, 2. ed. 2009, p. 244.

Cabe salientar que o inciso XXI do artigo 5° da CRFB/88²¹⁵, preconiza que "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente".

São legitimados ativos para impetração do mandado de injunção coletiva, aplicando-se por analogia, as mesmas regras do inciso LXX do art. 5°, da CRFB/88²¹⁶ e Lei Federal n° 12.016/2009 relativos ao mandado de segurança, quais sejam, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas, desde que estejam funcionando há pelo menos, um ano.

Para melhor entender a legitimidade passiva, enfatiza-se que o objetivo do instrumento constitucional, ou melhor dizendo, do remédio constitucional é suprir a omissão dos Poderes Públicos quanto à edição de normas regulamentadoras que efetivem dispositivos constitucionais de eficácia limitada. Dessarte, o polo passivo deverá ser formado por entes estatais que se fizeram inertes ou omissos e que tinham a responsabilidade de editar normas que possam tornar possível a concretização dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

2.1.4. Diferenciação entre Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade

Para Piovesan²¹⁷, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão apresenta-se como mecanismo de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade e tem como objetivo conferir plena eficácia às normas constitucionais, que estão carentes de regulamentação.

Em contrapartida, Cléve²¹⁸ entende, por sua vez, o mandado de injunção trata-se de verdadeira ação constitucional de defesa e visa possibilitar o exercício de direitos fundamentais, obstados em razão da inércia do legislador.

Ambos são instrumentos elaborados contra a omissão inconstitucional. Em diferenciação:

(i) são diversas as legislações de regência aplicáveis ao mandado de injunção (Lei nº 13.300/2016) e a ADI por omissão (arts. 12-A/12-H, Lei nº 9.868/1999);

²¹⁷ PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial contra omissões judiciais legislativas:* Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

²¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 23.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁸ CLÉVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- (ii) o mandado de injunção é espécie de controle concreto da omissão, diversamente da ADI por omissão, modalidade de fiscalização abstrata daquela;
- (iii) quanto ao cabimento, o mandado de injunção se restringe à falta de regulamentação de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, enquanto a ADI por omissão é mais ampla para apanhar a falta de norma regulamentadora de qualquer norma constitucional de eficácia limitada;
- (iv) qualquer pessoa afetada pela inércia estatal pode impetrar mandado de injunção individual, bem como no aspecto coletivo há rol legal restrito, diferentemente dos legitimados ativos para a ADI por omissão (art. 103, CRFB);
- (v) a competência para julgamento da ADI por omissão é restrita ao STF (controle concentrado de constitucionalidade), diferentemente do mandado de injunção, que depende da autoridade que figura no pólo passivo;
- (vi) quanto à eficácia da decisão, a procedência da ADI por omissão se resume a dar ciência ao Poder Legislativo ou determinar a providência ao Executivo (art. 103, § 2°, CRFB), enquanto no mandado de injunção, o julgador poderá suprir a falta de norma regulamentadora para o caso concreto (art. 8°, II, Lei n° 13.300/2016).

2.2. Papel do Judiciário frente às políticas públicas

Com o advento da Constituição de 1988, os direitos fundamentais ganharam relevância, emergindo assim a necessidade da efetivação destes direitos, e para tanto o dever de implementar-se políticas públicas que embasem os anseios do cidadão brasileiro.

Neste cenário, o Poder Judiciário alcançou posição de destaque no controle de políticas públicas, e se tornou alvo de debates, críticas e elogios na seara jurídica.

O tema é de extrema relevância, diante da ineficácia de regulamentação para concretização desses direitos. Ademais, cada vez mais frequente o Judiciário tem sido provocado para resolver os conflitos que chegam aos tribunais.

Carece de ferramentas de análise adequadas que viabilizem a compreensão tanto na esfera individual quanto na coletiva. Ferramentas essas que possibilitem entender os fatores internos e externos em suas conexões no processo judicial, tanto as de natureza jurídica política, econômica ou cultural.

O objetivo dessa dissertação é delinear uma análise adequada para avaliação do papel do Judiciário frente às políticas públicas necessárias em prol da concretização dos direitos sociais.

A definição de Políticas Públicas segundo Maria Dallari Bucci²¹⁹, segundo a autora, políticas públicas são programas de ação governamental que buscam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. É por meio dessas ações que o Estado é utilizado para a realização do interesse público.

Mais recentemente, Dallari dá uma nova conotação a definição de políticas públicas, acrescentando um novo elemento àquela definição, ou seja, política pública é o resultado de um conjunto de processos juridicamente regulados – particularmente o processo eleitoral, o processo de planejamento, o processo de governo, o processo orçamentário, o processo legislativo, o processo administrativo e o processo judicial²²⁰.

Pondera Dallari²²¹, a utilização de política pública como uma atividade, não enseja um novo regime jurídico que venha a incidir em atos e normas já compostas. Ademais, trata-se de um mecanismo instrumental de análise para se obter uma compreensão mais abrangente de cada ato ou norma jurídica, sem que se traga à baila nova categoria jurídica.

A bem da verdade, no caso da omissão estatal ou falha na concretização dos direitos sociais, não garantindo este o mínimo existencial, deverá o Poder Judiciário proativamente intervir, quando provocado, em decisão devidamente fundamentada determinar a implementação e a efetivação do direito pleiteado, resultante ainda que de obrigação de fazer, mesmo que esta venha a ter repercussão no orçamento estatal, realizando um controle direto das políticas públicas, com o compromisso de dar efetividade às normas constitucionais.

Toda vez que o Poder Judiciário, devidamente provocado implementa políticas públicas, face à omissão estatal, imbuído da responsabilidade de atender às necessidades mínimas de existência do cidadão, o faz sob o fundamento de aplicabilidade dos direitos sociais, respaldado no princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.1. Tutela Coletiva para controle e implementação de políticas públicas

O controle de políticas públicas tem como principal vetor a tutela coletiva, e é no Poder Judiciário que ela encontra amparo.

-

²¹⁹ BUCCI, Maria Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo. Saraiva, 2002, p. 241, 251, 252 e 269.

²²⁰ Idem. *O Conceito de Políticas Públicas em Direito*. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo. Saraiva, 2006, p. 39.

²²¹ Ibidem, p. 25-26.

O Brasil aderiu aos mecanismos de defesa coletiva, aliando-se aos países mais desenvolvidos, porém até a presente data não corporificou essa normatização em um único diploma legal, estando tais normatizações inscritas em inúmeras leis esparsas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se uma nova ordem constitucional, com diversos direitos sem positivação. Neste contexto, a tutela coletiva ganhou relevo e mereceu status de direito e garantia fundamental, que expressamente teve seu rol no art. 5°, tanto de forma individual quanto coletiva.

É cediço que, todos os direitos e garantias na Constituição positivados, devem ser normatizados e regulamentados tanto de forma individual quanto coletiva, conferindo status constitucional para a ação civil pública (artigo 129, inciso III), trouxe o mandado de segurança coletivo (artigo 5, incisos LXIX e LXX), o mandado de injunção (artigo 5, inciso LXXI), ampliou o campo de atuação da ação popular (artigo 5, inciso LXXIII), a legitimação coletiva geral (artigo 5, inciso XXI e artigo 8, inciso III), o acesso à justiça (artigo 5, inciso XXXV) e a previsão de regulamentação da proteção e defesa do consumidor no plano legislativo (artigo 48 do Ato de Disposições Transitórias).²²²

Essa nova sistemática, exige do juiz a aplicação de uma tutela coletiva adequada, no que pressupõe ao Poder Público, revisar o conceito clássico de separação dos poderes do Estado, observando-se a jurisprudência pátria, no sentido de obstar o Judiciário de atuar como legislador positivo, notadamente, criando normas concretas com o intuito de surprir a inércia ou a omissão do legislador.

Observa-se que o processo civil atual se comporta de modo muitas vezes de maneira inadequado, mormente quando o cerne circunda em litígios estruturais. Neste caso, imperioso a adoção de um procedimento diferenciado, com aptidão para atender o direito material pleiteado.

Discorrem neste contexto, os doutrinadores Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira²²³:

[...] A decisão estrutural (structural injunction), é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (structural reform), em um ente, uma organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos.

²²³ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*. [S.I.], v. 8, n. 1, p. 48/49, jan/abr. 2017. Disponível em < http://www.civilprocedurereview.com> Acesso em: 20 jun. 2020.

.

²²² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2002, p. 196.

Concluem ainda:

[...] Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.

Merece atentar para a LINDB e suas novas disposições inseridas pela Lei nº 13.655/2018²²⁴, que ateve-se em dar tratamento sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Salienta-se que "nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão" e "a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, as consequências práticas da decisão" e "a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas" (art. 20, caput e § único, LINDB, alterado pela Lei nº 13.655/2018)²²⁵.

Cabe ressaltar ainda que, "a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais" (art. 20, caput e § único, LINDB, alterado pela Lei nº 13.655/2018)²²⁶.

Frontini ²²⁷adverte que quando o Poder Judiciário de modo investigativo, atua fiscalizando a efetivação de suas decisões, no caso, se estão sendo cumpridas pelo demais Poderes, estaria ele transbordando sua competência constitucional, violando com essa atitude a separação dos poderes?

O tema se relaciona ao fenômeno do "estado de coisas inconstitucional", cujos pressupostos são: (i) pressuposto fático: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais a afetar um número indeterminado de pessoas (multipartes envolvidas);

²²⁴ BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 jun. 2020. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

²²⁶ SENADO FEDERAL. *Código Civil e normas correlatas*. 11. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020, p. 32.

²²⁷ FRONTINI apud ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/ aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart% 2001.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2020.

(ii) pressuposto político: existência de reiteradas condutas comissivas e omissivas, por parte das autoridades públicas, tendentes a perpetuar ou agravar o quadro de inconstitucionalidade (falhas do Estado como um todo); (iii) pressuposto jurídico: refere-se às medidas necessárias à superação de tal mau funcionamento sistêmico do Estado (reestruturação pública), a depender da atuação conjunta das autoridades, inclusive mediante atividade engajada do tribunal constitucional de modo a superar os desacordos políticos e institucionais (construção cooperativa).

Caracterizado o "estado de coisas inconstitucional", o órgão constitucional deve impor medidas estruturais flexíveis e monitorar o seu cumprimento. O órgão judicial exerce o papel de instaurador e coordenador do diálogo institucional, instaurando o debate em torno do tema e impulsionando a atuação das autoridades públicas no sentido de promover a adequada proteção aos direitos fundamentais violados. Deve ser assegurada uma margem de ação constitucionalmente adequada, - não - podendo o Judiciário substituir o Legislativo e o Executivo na implementação de tarefas que lhes são próprias.

Denota-se que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, e, portanto, o controle judicial do Poder Público é legítimo quando encontra certa dicotomia com os ditames constitucionais.

Cabe ressaltar que o processo civil coletivo tem relevante papel na implementação de políticas públicas, haja vista a ação civil pública, cujos eficientes instrumentos que visam a realização material do direito.

Neste sentido, o Judiciário tem-se apresentado com a devida aptidão, adaptando-se às novas perspectivas sociais, assumindo assim sua posição institucional, garantida pelo constituinte originário.

São três as principais tutelas coletivas de direito no Brasil. Em primeiro lugar temos a Ação Popular, regulada pela Lei 4.717/65²²⁸ e respaldada pelo art. 5°, inciso LXXIII da CRFB/88²²⁹.

Em segundo lugar, a ação civil pública, disciplinada na Lei 7.347/85²³⁰ com amparo constitucional no art. 129, inciso III da CRFB/88²³¹.

²³⁰ BRASIL. *Lei nº* 7.347/85, de 24 de junho de 1985, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

²³¹ BRASIL, op. cit. nota 23.

BRASIL. *Lei nº* 4,717/65, de 29 de junho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em: 20 dez 2020.

²²⁹ BRASIL, op. cit. nota 23.

A terceira ação coletiva é o Mandado de Segurança Coletivo, previsto no art. 5°, LXX, alíneas a e b da CRFB/88²³² e na Lei nº 12.016/09²³³, prestando-se a defesa de um grupo ou categoria que tenham direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*.

As ações coletivas se prezam a trabalhar com interesses relevantes de cunho constitucional, defendidos por ambos os polos da relação processual, de um lado os interesses do autor em contraponto com o interesse do réu.

Segundo Arenhart²³⁴, nesse tocante, o juiz se obriga a interferir num desses interesses, beneficiando um lado na eleição de um interesse mais relevante, merecendo sua proteção.

Ainda preleciona o autor que a ação coletiva coloca a discussão dois ou mais interesses relevantes, em oposição no processo.

Desde 1965, no sistema processual brasileiro foram editadas uma série de leis com o firme propósito de permitir a tutela coletiva de direitos de pessoas que estão ligadas à categorias ou grupos. Em sua essência, a tutela coletiva de direitos busca proteger o direito coletivo de um grupo de pessoas.

Hodiernamente, a prestação jurisdicional para que se torne mais efetiva, o direito processual coletivo encontra-se em ascensão, motivado pela disseminação de demandas de massa.

Neste sentido, há uma maior discussão na seara doutrinária e um interesse maior da sociedade civil com relação as normas que tutelam direitos coletivos, até as decisões jurisprudenciais se vertem na operacionalização dessas normas.

Vale-se admitir que a jurisdição coletiva venha a apresentar-se como uma boa hipótese para a solução do problema da obstrução das vias jurisdicional, afirma Mancuso²³⁵. Ela tem a capacidade de colocar em uma única relação processual uma enorme gama de interesses.

. .

²³² BRASIL, op. cit., nota 23.

²³³ BRASIL. *Lei nº 12.016/09*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

²³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003, p. 177 e ss.

²³⁵ MANCUSO apud ALMEIDA, Sergio Campos. *Tutela Coletiva de direitos*. Disponível em: https://sergiocampos de almeida. jusbrasil.com.br/artigos/502996576/tutela-coletiva-de-direitos. Acesso em: 20 dez. 2020.

3. O PROCESSO ESTRUTURAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Há muito, os doutrinadores processualistas brasileiros²³⁶ visionários da necessidade do desenvolvimento de uma metodologia processual mais atuante do que a atual, que seja capaz de tutelar uma gama de litígios. Daí o surgimento da Lei nº 13.655/2018²³⁷, que teve o objetivo de alterar a LINDB²³⁸, dando maior segurança jurídica quanto à atuação do Poder Público, como também na sistemática com os órgãos de controle.

Essa visão futurista, perfaz uma compreensão firmada no princípio da demanda, que correlaciona a atuação do magistrado no sentido estrito em atender aos pedidos pleiteados pelo autor. Salienta-se que nem sempre pode-se imprimir efetividade principalmente em casos complexos, vez que a sentença em seus efeitos tem amplitude multilareais e transbordam atingindo outras esferas.

Pioneiro no tema, Sérgio Arenhart²³⁹, defende a necessidade de aplicar uma estrutura processual com maior praticidade, nos casos complexos, de forma a garantir maleabilidade, quando da fase de cumprimento da sentença.

Denomina-se Processo Estrutural, Medidas Estruturantes essa nova sistemática para garantir a tutela executiva da sentença condenatória e/ou mandamental, em que o juiz, em vez de impor unilateralmente obrigações de cumprimento imediato, na rigidez dos prazos processuais, homenageando o Princípio da Cooperação, esculpido no Código de Processo Civil, elabora e dimensiona um projeto cronometrado para que se implemente as decisões prolatadas na sentença, focado nas repercussões esbordem a ordem judicial na seara extraprocessual.

O ponto que se pretende destacar no presente ensaio reporta-se à ênfase dada, no art. 21, parágrafo único da lei em referência, à possibilidade, senão de implementação de técnicas processuais de tutela com características estruturais nos litígios complexos que envolvam o controle da Administração Pública, obrigações impostas pela sentença, atento aos impactos e repercussões extra- processuais da ordem judicial.

Não pode causar espanto que os exemplos trazidos pela doutrina processualista para justificar a necessidade de incentivo ao desenvolvimento do Processo Estrutural sejam, na

.

²³⁶ MENEGAT, Fernando. *A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública*. Disponível em: <ireitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/anovissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²³⁷ BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 19 jun. 2020.

²³⁸ BRASIL, op. cit. nota 224.

²³⁹ MENEGAT, op. cit.

maior parte dos casos, justamente de litígios envolvendo a Administração Pública. Afinal, é o controle judicial da Administração Pública o *locus* mais propício à ocorrência de discussões complexas, de eficácia multilateral, cujos impactos extravasam os estreitos lindes processuais (estreitados ainda mais pelo princípio da demanda). Pense- se nas discussões que versam sobre implementação de políticas públicas, extinção de contratos de concessão, anulação de normas regulatórias em setores econômicos infra estruturais.

Tanto é assim que um dos maiores *cases* apontados como exemplo de Processo Estrutural na prática – a demonstrar que a questão não é mera preocupação teórica – é o da afamada Ação Civil Pública do Carvão, em Santa Catarina, que possui inclusive de página na internet onde se disponibilizam informações a respeito do cumprimento da sentença condenatória, iniciado há mais de 18 (dezoito) anos e ainda não concluído.

Nesse contexto, a despeito das várias críticas que o PL nº 7.448/2017 recebeu, um importante ponto da nova Lei nº 13.655/2018²⁴⁰ deve ser destacado, condizente com a previsão de seu art. 21, parágrafo único:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O excerto do dispositivo sublinhado possui orientação inequívoca: a norma impõe que, nos casos em que a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa for ocasionar ônus ou perdas anormais ou excessivos, o agente controlador, de qualquer órgão de controle que seja (controladoria interna, Tribunal de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário), deverá conduzir a regularização da situação de forma "proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais".

Trata-se, claramente, de preocupação com a forma da atuação dos órgãos de controle na anulação de atos, contratos e normas administrativas, que por vezes é feita de modo desatento em relação às consequências nefastas que uma desconstituição repentina provoca, extra processualmente, a determinadas situações jurídicas consolidadas ou em fase de consolidação.

No campo do controle judicial da Administração Pública, destarte, o art. 21, parágrafo único da recente Lei nº 13.655/2018 escancara a porta para a utilização de medidas estruturantes na implementação de sentenças condenatórias e mandamentais exaradas em face do Poder

_

²⁴⁰ BRASIL, op. cit. nota 235.

Público nos processos de maior complexidade, para os quais, conforme a doutrina já tem apontado, o princípio da demanda tem se demonstrado imprestável por não ser capaz de evitar a ocorrência de impactos, ônus e prejuízos indesejáveis e desproporcionais no exterior da relação jurídica processual.

Noutras palavras: o art. 21, parágrafo único da Lei nº 13.655/2018 oficializa, no Brasil, o Processo Estrutural como técnica processual idônea para a implementação e efetivação de decisões, judiciais ou extrajudiciais, exaradas em face da Fazenda Pública nos processos de controle.

Na visão de Fachin,²⁴¹ sobre as decisões estruturantes [...]"são dois os princípios gerais que devem circundar toda a discussão acerca das decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: subsidiariedade e proporcionalidade."

3.1. O fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucionais.

Para se entender o processo estrutural no ordenamento jurídico brasileiro faz-se necessário o estudo do fenômeno intitulado Estado de Coisas Inconstitucional e sua relação direta com os Direitos Fundamentais. Uma vez inobservados tais direitos por omissão do Poder Público, podem vir a gerar a declaração e aplicação deste fenômeno na prática, observado no plano do universo empírico.

Segundo Novelino²⁴², o termo "estado de coisa inconstitucional", cunhado pela Corte Constitucional da Colômbia, que desde a Sentencia de Unificación (SU) 559, de 1997, quando declarou pela primeira vez, o Estado de Coisas, passando a desenvolver e aperfeiçoar a categoria em uma série de decisões similares.²⁴³ Ganhou projeção por aqui com o julgamento

²⁴¹ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*. Rio de Janeiro/RJ, v. 4, n. 1, p. 213-246, 2018. Disponível em: https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>. Acesso em: 26 mai. 2019.

²⁴² NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. ampl. e atual . Salvador: Juspodivm, 2016, p. 190.

²⁴³ CONJUR. *Sentencia SU-559*, de 6/11/1997. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural._Acesso em: 02 set. 2020.

Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um "dever de colaboração" com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembleias, aos prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias.

da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, na qual postulada a adoção de providências estruturais relativas ao sistema penitenciário brasileiro com o objetivo de sanar lesões decorrentes de ações e o missões dos poderes da União, dos Estados os e do Distrito Federal.

Na ADPF nº 347 o pedido formulado é a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Preliminarmente, tem-se como objetivo denotar as principais peculiaridades do Estado de Coisas Inconstitucional, precipuamente, analisando seu surgimento e os requisitos necessários para sua possível aplicação.

Desse modo, por meio do método de abordagem dedutivo, busca-se delinear os principais efeitos e consequências advindos do Estado de Coisas Inconstitucional e de sua declaração, bem como analisar se a declaração de tal fenômeno deve ou não ser realizada ante as reiteradas situações de inobservância aos Direitos Fundamentais, que se mostram como pressupostos basilares em um Estado Democrático de Direito.

Tal estudo mostra-se de importante relevância, uma vez que está intimamente ligado aos Direitos Fundamentais, tema que se mostra de tal modo plural, possuindo divergências quanto a sua aplicação e efeitos que se propõe a efetivar, fazendo surgir dessa forma críticas tanto a esse fenômeno quanto ao ativismo judicial exercido pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, o que se pretende é trazer à baila mais conhecimento sobre o tema atual, tendo como premissa a possibilidade de sua declaração no ordenamento jurídico brasileiro, homenageando princípios fundamentais do âmbito jurídico.

Caracterizado o "estado de coisas inconstitucionais", o órgão constitucional deve impor medidas estruturais flexíveis e monitorar o seu cumprimento. O órgão judicial exerce o papel de instaurador e coordenador do diálogo institucional, instaurando o debate em torno do tema e impulsionando a atuação das autoridades públicas no sentido de promover a adequada proteção aos direitos fundamentais violados. Deve ser assegurada uma margem de ação constitucionalmente adequada, não podendo o Judiciário substituir o Legislativo e o Executivo na implementação de tarefas que lhes são próprias.

De acordo com a Jurisprudência do STF²⁴⁴:

[...]CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de

٠.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000249434&base=baseAcordaos. Acesso em: 02 set. 2020.

preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA -CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - FALHAS ESTRUTURAIS - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA -OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

A acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos processuais, é considerada primordial das decisões/medidas estruturais, quer sejam de ordem pública, como por exemplo, processo demarcatório de terras indígenas 'Raposa do Sol', deve observar as salvaguardas institucionais definidas pela Corte Suprema em ação popular, por exemplo para ressalvar a presença de postos de vigilância estatais nas respectivas áreas (STF – Pet 3.388/RR, Tribunal Pleno, j. 19/03/2009) – ou particulares – v.g., decisão que decreta a falência, com a nomeação de um administrador judicial (art. 99, IX, Lei nº 11.101/2005); intervenção na empresa praticada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (arts. 96; e 107, § 2º, Lei nº 12.529/2011).

Como se pode constatar, na seara do direito público, pressupõem a revisão da ideia rígida de separação dos poderes, transbordando tal medida para sua aplicação no direito privado. De toda sorte, temos que a decisão estrutural se projeta como uma perspectiva futura(v.g., costuma expressar uma meta, um resultado a ser perseguido, estruturando para tanto o meio, com características de um regime jurídico transitório, levando-se em conta a resolução do conflito como um todo, evitando assim que a decisão judicial se reverta num problemática ainda maior do que o litígio a que se está examinando (v.g., implementação de cronograma para realização do direito, como de melhorias pontuais em sistema prisional ou de acessibilidade de vias a deficientes físicos, demissão gradual de terceirizados. O tema gira em torno do pensamento quanto aos desdobramentos do caso que está sendo julgado.

É de bom tom, esclarecer que sua aplicação deve ser em caráter excepcional, tendo como certo que as medidas/decisões estruturais devem ser circundadas de harmonia com a lesão que se pretende reparar ou impedir (princípios norteadores da prevenção e precaução). Tudo isso

embasado no princípio da congruência, com fulcro no art. 322, § 2°, Código de Processo Civil. Isto alicerçado em uma adequada construção direcionada ao caso concreto, conforme preconiza o artigo 190 do Código de Processo Civil²⁴⁵. Cabe ao juiz corrigir os rumos da tutela jurisdicional, onde a dinâmica do litígio também venha contribuir para tal perspectiva.

Deve-se fomentar o diálogo, quer seja para realização de audiências públicas quanto pela intervenção de *amicus curiae*.

Há que salientar que o processo estrutural tem um enfoque prospectivo, uma vez que a atuação jurisdicional do Estado se reveste de roupagem nova, vertendo-se para a sistematização e planejamento de condutas. Tendo-se em vista que a violação de direitos é uma constante na ordem jurídica pátria, a finalidade do processo estrutural é buscar soluções a curto e médio prazo, que garantam a efetivação das decisões judiciais transitadas em julgado.

Para Arenhart²⁴⁶, tais decisões não tem o condão de reformular decisões, nem de retornar ao *status quo ante*, não tendo finalidade de correção do processo, sua visão futurista é garantir a implementação de políticas públicas no intuito da concretização dos anseios da sociedade, esculpidos na Carta Magna, porquanto, devem ser aplicadas tutelas tantas quantas forem necessárias para a efetivação das decisões, quer seja tutela repressiva em contrapartida ao dano, quanto inibitória a fim de que o ato ilícito não se perpetue no tempo.

3.2. Decisões e Medidas Estruturais

Nos primórdios, o processo estrutural surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos, numa atuação ativista do Poder Judiciário norte-americano nos meados de 1950 e 1970.

A Suprema Corte norte-americana, em 1954, ao julgar o caso *Brown vs, Board of Education of Topeka*, entendeu ser inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo de ampla mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*²⁴⁷.

²⁴⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046. Acesso em: 02 set. 2020.

²⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p .116 e ss.

²⁴⁷ FISS, Owen. "Two models of adjudication". In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 76

Nesse caso, a Suprema Corte Americana instituiu um novo compromisso contemplando a igualdade racial, perfilando uma distância entre os processos tradicionais e viabilizando às reformas estruturais. Brown propiciou uma abertura para uma nova visão sobre a relação entre direitos e medidas judiciais, de acordo com o entendimento de Owen Fiss²⁴⁸.

Outro caso emblemático foi o que envolveu Holt vs. Sarver, no qual todo o sistema prisional do estado do Arkansas, nos Estados Unidos, foi judicialmente impugnado, em ações que visavam à completa reforma do sistema penitenciário e que serviram de base para outras demandas similares, deflagradas posteriormente, em 1993, contra quarenta outros estados norte-americanos.249

Nos casos de prison law litigation, fazia-se necessária uma reforma que tivesse a operacionalidade de modo estrutural nas organizações sociais, de caráter não só reparatório, mas também prospectivo, de modo que as premissas constitucionais fossem efetivadas, promovendo o bem-estar social, garantindo a igualdade entre raças e integridade física da pessoa humana.

Denota-se em ambos os casos, o ensejo de banir a segregação racial e promover a intervenção no sistema prisional, com o propósito de reestruturar as organizações sociais, com efetiva proposta de concretizar prestações do Estado, como por exemplo, a adequação do ensino com a premissa, de por fim a segregação nas escolas, como também construir um novo modelo para as unidades prisionais.

As decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira, visam dar nova definição aos institutos estatais, positivando os valores constitucionais, especialmente, servindo de instrumento com a função de obstar a omissão do Estado no que tange a proteção, promoção de direitos fundamentais.

Precipuamente, insta firmar dois princípios gerais norteadores das decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira, são eles: Princípio da Subsidiariedade e Princípio da Proporcionalidade²⁵⁰.

Notadamente, as decisões estruturantes são consideradas como verdadeiras exceções ao Princípio da Separação dos Poderes, e por tal, devem ocorrer de forma subsidiária. Destarte, essa subsidiariedade pode se dar tanto no aspecto externo quanto no interno.

²⁴⁹ Ibidem, p. 15.

²⁴⁸ FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, 1979, p. 15.

²⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, 2013, p. 389.

Fala-se de subsidiariedade no aspecto externo, quando se objetiva provimentos quando houver reiterada falha na prestação dos mecanismos políticos, ou seja, quando obstar a promoção de direitos por meio de políticas públicas originárias do poder executivo ou do legislativo, ou quando se observa a omissão e ausência de vontade política de concretizá-las.

De outro norte, a subsidiariedade no aspecto interno à decisão, dar-se-á quando as implementações das decisões ocorrem de preferência através do diálogo e flexibilizando-as nos casos mais gravosos²⁵¹.

Foi a partir desses casos pontuais que passou-se a designar como decisão estrutural (*structural injunction*) aquela que visasse implementar uma reforma estrutural (*structural reform*), com o objetivo de efetivar um direito fundamental, em um ente, instituição ou organização, com o objetivo de realizar uma determinada política pública ou dar solução a litígios complexos.

No presente estudo é necessário saber sobre a competência jurisdicional para a prolação e execução da decisão estruturante.

As decisões estruturais (estruturantes) tem assumido gradativamente um papel de suma importância dentre os temas que compõem o dia a dia do processo civil.

Gustavo Osna²⁵² assevera que as decisões estruturais, pelo prisma de análise menos comum:

[...] a possibilidade de que essa ferramenta desempenhe um importante papel em questões complexas cujo julgamento normativamente mais previsível poderia ser globalmente prejudicial. Em outras palavras, em situações nas quais há um difícil equilíbrio entre o acertamento do caso e os impactos gerais (institucionais e econômicos) da decisão; em casos grandes demais para uma variável puramente dicotômica.

Em síntese, na problemática atual, diante da existência de permissivos legislativos, as decisões estruturais representam importante suporte para o sistema processual.

No entendimento do doutrinador Osna, o processo civil é por raiz liberal, tendo como características: (i) a prevalência rigorosa da legislação escrita, procurando colocá-la como limite intransponível da atividade do julgador; (ii) a polarização subjetiva das posições jurídicas, culminando em litígios que contrapunham órbitas individuais claramente definidas.

²⁵² OSNA, Gustavo. Nem "Tudo", Nem "Nada" – Decisões Estruturais e Efeitos Jurisdicionais Complexos". In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix. (Org.). *Processos Estruturais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 463.

-

²⁵¹ BRASIL. Ministério Público do Rio de Janeiro. *Elementos para uma teoria do processo estrutural*. Disponível em:< http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_ Hermes_Zaneti_Jr_%26_ Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

O julgador ao se deparar com determinado conflito, afirma o autor, caberia a ele atuar de maneira rigorosamente estrita às previsões legais aplicáveis. A decisão judicial deveria se limitar à vontade do legislador; em sua forma também deveria observar unicamente as alternativas expressamente previstas em lei.

Nesse momento, o processo acaba sendo percebido, como realidade efetivamente autônoma. Porém essa autonomia passou a ser compreendida por alguns como se representasse verdadeira independência entre a disciplina e a sua repercussão fática. Ao burocratizar demasiadamente a estrutura processual e lhe conferir abstração em uma escala exagerada, serviu fielmente aos interesses do Estado Liberal. Afastando o processo do direito material, este movimento também impactou de modo direto na leitura de suas finalidades e mecanismos voltados à sua consecução, gerando espécie de "encerramento intraprocessual" ao supor que a simples declaração proferida no litígio seria o suficiente para que a jurisdição cumprisse seu desiderato.²⁵³

Hoje, é forte o entendimento de que o texto legislativo não possui um conteúdo inato, exigindo que sua aplicação passe pela interpretação.

Nessa guinada axiológica, assevera Osna²⁵⁴, redescobre-se o papel a ser assumido pelo Poder Judiciário, reequilibrando a geometria de sua relação com as demais esferas estatais. Em suma, surge um novo cenário, marcado por figuras também renovadas. De modo reflexo a essa mudança de horizontes, porém, também os desafios postos na mesa dos juristas acabam sendo dilatados. Pois, se antes competiria ao julgador (diante de um caso concreto) apenas desvelar o sentido da lei, hoje percebe-se que essa atividade sequer teoricamente é possível. Essa nova ideia desestabiliza parcela de nossas crenças ortodoxas e impõe o enfrentamento de novos problemas.

As decisões estruturais inauguram uma nova face jurisdicional. Diante da necessidade de termos um Judiciário mais atuante nos casos complexos e com elevado impacto social, é primordial que se construa um mecanismo capaz de absorver esses cases de uma forma mais adequada. E, neste panorama que se apresenta no mundo jurídico surge a figura das decisões estruturais.

De forma elucidativa, inserimos no presente trabalho o pensamento de Owen Fiss²⁵⁵, que ao identificar a realidade norte-americana, o autor destaca que ali ocorreu uma ampliação do

_

²⁵³ OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos:* Pressupostos, Fundamento e Aplicação no Processo Civil. São Paulo: RT, 2014, p. 18-34.

²⁵⁴ Idem. Interpretação conforme e constitucional avoidance: Aproximações iniciais. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, nº 32. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1139.

²⁵⁵ FISS, op. cit., nota 245.

sentido na jurisdição: se antes se enquadrariam nessa moldura unicamente atividades de *dispute resolution*, ao longo de meados do último século a elas se agrega uma função de *structural reform*; não mais se trataria apenas de pacificar disputas individuais, mas também de permitir a afirmação de valores constitucionais.

Dedicando-se ao estudo sistemático do que entendia como medidas estruturantes, propôs ser o Supremo Tribunal Federal o responsável para a tomada de decisões desse enfoque na jurisdição constitucional brasileira e, via de consequência, caberia a esse mesmo órgão do Judiciário implementá-las.

Verifica-se na jurisprudência brasileira, que a tutela jurisdicional aplicada aos direitos prestacionais, ocorre em regra, de maneira individual e é submetida a procedimentos executivos típicos. Muito embora milhares de decisões em lides individuais, e seu somatório tragam grande impacto na alocação de recursos do Poder Público, o seu cumprimento se dá de forma natural, visto que a concretização do provimento judicial, se utiliza de instrumentos já consolidados, aplicando uma sistemática individual bipolarizada de processo.

Abram Chayes²⁵⁶ utiliza esse termo para distinguir as demandas comuns dos litígios de interesse público.

Destaca-se como exemplo mais relevante na seara brasileira, o caso da judicialização da saúde. Tomando como parâmetro julho de 2017, das 118,6 mil decisões que condenaram o Estado ao fornecimento de medicamentos, somente 474 foram descumpridas²⁵⁷.

Na doutrina brasileira, houve a tentativa de tornar racional a atividade jurisdicional no que tange aos direitos prestacionais, propondo critérios materiais para adjudicar tais direitos. Estabeleceu-se quais seriam os direitos que deveriam ser garantidos pelo Judiciário e qual seria essa intensidade. Entendeu-se que racionalizar a limitação material aplicada à tutela jurisdicional, no âmbito dos direitos prestacionais, obstaria uma intervenção da jurisdição de forma desmedida sobre a alocação de recursos por tais decisões. Impediria também reiterada manutenção de uma omissão que com toda certeza violaria direitos fundamentais, tutelados pelo Estado.

Elucida Sarmento²⁵⁸, que embora Ana Paula de Barcellos, em sua tentativa de estabelecer uma universalização de uma categoria, levando em conta sua natureza objetiva,

²⁵⁶ CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, 1976.

²⁵⁷ COLLUCCI, Cláudia. Doentes graves ganham na Justiça, mas remédios caros travam no SUS. *Folha de São Paulo: Cotidiano*, 16 jul. 2017. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1901633-doentes-graves-ganham-na-justica-mas-remedios-caros-travam-no-sus.shtml>. Acesso em: 03 out. 2020.

²⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana:* conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 215.

constata-se que o mínimo existencial é passível de variação. Plenamente possível que entre diferentes indivíduos haja uma variação do conteúdo do mínimo existencial. Tal análise tangencia a análise das necessidades de cada indivíduo, levando-se em conta que esta categoria não remete ao universalismo abstrato (...) cego às diferenças e especialidades de cada sujeito.

Em que pese, a competência da prolação e execução das decisões estruturantes ter sido fixada nos graus ordinários de jurisdição, de modo preferencial, e sendo o STF o fórum de discussão dos provimentos não é o preferencial. Tais decisões estruturantes impingem uma vasta cadeia decisória, que se perpetua no tempo. Cabe ao Juízo fiscalizar o cumprimento das decisões.

Em síntese, o processo estruturante obriga ao Estado, a ter uma nova visão de contraditório e efetiva representação no processo coletivo, garantindo assim a concretização dos direitos fundamentais.

As decisões estruturais, segundo Osna²⁵⁹, representam uma peça para o aprimoramento jurisdicional, face à nova realidade. Partindo de um novo panorama, reconhecendo a importância da coletividade e percebendo o avanço das funções Estatais, é que as decisões estruturais ganham relevo na seara jurídica e se mostram mais necessárias.

Essa técnica visa equalizar os efeitos gerais (econômicos e institucionais) de decisões judiciais complexas.

Existem diferentes construções doutrinárias, afirma Osna, pautadas na relação entre o direito e a economia, vertidas a compreender esse liame e permitir sua harmonização.

Surgem algumas questões quanto o manejo das decisões estruturais: as medidas estruturais dialogam com aspectos como a crise bancária e a sua regulação? De que forma podem afinar o diálogo entre a jurisdição e os seus efeitos sociais?

Não mais se pode limitar o uso de provimentos estruturantes a qualquer setor social especificamente, valendo-se da divisão tradicional entre público e privado. A criação desse mecanismo exsurge da falência dessa antípoda. Hoje, a fluidez entre as esferas faz com que os valores coletivos transitam entre ambas, desafiando uma expressiva acomodação.

Hard cases são formados contrapondo interesses essenciais à comunidade. Cabe ao Judiciário neste cenário a incumbência de obter soluções capazes de mitigas negativos impactos, agindo de maneira adequada na resolução de um caso aos seus efeitos de macrojustiça. É, portanto, neste caminho que as decisões estruturais podem desempenhar um importante papel, abrindo uma nova porta para a intervenção jurisdicional.

²⁵⁹ OSNA, Gustavo. *Processos Estruturais*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Orgs.), 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 476.

Um exemplo frutífero, no campo jurisprudencial, em que foi utilizada medidas estruturais, foi o caso emblemático relacionado à indústria carvoeira do município de Criciúma.

Sérgio Arenhart²⁶⁰, o problema ali enfrentado formava a seguinte questão: devido às suas atividades, as indústrias de carvão localizadas na região criaram um grave prejuízo ambiental, devendo ser responsabilizadas; contudo a eventual aplicação das sanções cabíveis poderia gerar um cenário de macrojustiça desfavorável, exigindo também um inglório trabalho na identificação e de reparação de danos. Como então solucionar o problema?

Pairando sobre a disputa, viu-se que o ecossistema comunitário exigia respostas criativas – inexistindo possibilidade de intervir de forma simplista na situação.

Como bem dimensionado por Arenhart, para acertar o caso do Judiciário considerou necessário buscar um meio termo envolvendo os diferentes valores coletivos presentes na mesa. Diante disso, passou-se à adoção de medidas paulatinas e negociadas, com a constante fiscalização do órgão jurisdicional²⁶¹. A bem da verdade, os resultados têm sido satisfatório, permitindo a recomposição dos bens naturais lesados de uma forma proporcional.

Por derradeiro, conclui-se que em linhas gerais: (i) a atual moldura jurisdicional faz com que o processo civil passe a se deparar com desafios complexos, exigindo uma atuação criativa de seus magistrados; (ii) nesses debates, em que costumam se contrapor valores relevantes à comunidade, as decisões estruturais podem servir como um importante mecanismo para equalizar efeitos econômicos e institucionais de ampla escala; (iii) com isso, forma-se uma terceira via a dilema como os de too big to fail.

Osna²⁶², finaliza seu entendimento afirmando que o uso mais amplo desse tipo de provimento poderia agregar uma importante peça para o processo civil, criando uma via de harmonização dos seus resultados. Trata-se de conjugar o acertamento do caso com o cenário global que permeia a jurisdição. E, essa postura, já é possível a partir da atual legislação brasileira – bastando, para a sua efetivação, uma mudança cultural de juristas.

Embora não haja previsão específica em matéria de direito público, o ordenamento jurídico pátrio possui aptidão para abarcar as decisões estruturais, ainda que para isso se imponha a ressignificação de diversos institutos do processo civil²⁶³.

²⁶² Ibidem.

²⁶⁰ ARENHART, op. cit., 2015, p. 211-232.

²⁶¹ OSNA, op. cit., p. 488.

²⁶³LOPES, Rénan Kfuri. Processo Estrutural como instrumento adequado para a tutela de direitos fundamentais e a necessidade de ressignificação do processo civil. Disponível em: < https://www.rkladvocacia.com/o-processoestrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacaodo-processo-civil>. Acesso em: 20 dez. 2020.

No âmbito do direito privado, é possível apontar norma que permite ao magistrado proferir decisões com estas características. A Lei nº 12.529/2011²⁶⁴ apresenta instrumentos, tanto judiciais quanto extrajudiciais, dispostos a interferir na economia e a criar mecanismos de fiscalização das medidas tomadas; porém, alheia a esta discussão. Arenhart²⁶⁵ traz como exemplos, com base na lei citada, os arts. 38, inciso VII; 61, § 2°; 52, 96; 102 a 111.

Afirma Arenhart²⁶⁶, a autorização decorre de uma hermenêutica sistêmica das normativas processuais, tendo como pano de fundo, em especial, os princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

Cumpre registrar, que essa autorização é dada excepcionalmente, apenas para quando cumpridos, de fato, os requisitos de caracterização de um processo estrutural, e não basta medidas ordinárias, seja em razão do elevado custo, da dificuldade para sua implementação ou da intromissão desproporcional na competência de outros poderes.

A proposta deste estudo, foi demonstrar que o processo estrutural como instrumento adequado para consecução da tutela jurisdicional de demandas de caráter complexo e multiplicidade de características, imbuída no firme propósito de efetivar a concretização de direitos fundamentais.

Exsurge um novo processo civil que ao se confrontar com demandas individuais e coletivas, com maior grau de complexidade, onde seus jurisdicionados empenham suas expectativas num novo perfil de agentes capazes de ao dirimir os litígios, promovam uma reforma estrutural para efetivação de direitos fundamentais.

O processo estrutural aperfeiçoa a atividade jurisdicional, vem propiciar um processo de cunho interativo, com participação transparente, ampliada, funcional, gradativo e prospectivo.

Contudo, para se tornar realidade, é fundamental uma mudança de postura de seus agentes e uma significativa repaginada nos conceitos tradicionais, como por exemplo, das fases de conhecimento, do contraditório, a participação, da causa de pedir e pedido, dos prazos e meios de prova, das fases e execução, da coisa julgada, da separação dos poderes, da congruência e demanda, da estabilização da demanda.

²⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020.

²⁶⁵ ARENHART, op. cit., 2015, p. 389-410.

²⁶⁶ Ibidem.

Diante da crescente mutação do Direito, para adequação à realidade da sociedade, é necessário um processo mais criativo e flexível, permitindo ao magistrado um contato direto com a realidade, tendência que no dia a dia se torna cada vez mais necessária.

O processo estrutural é mensurável via apta à concretização de direitos fundamentais, em litígios estruturais.

3.3. A efetivação dos direitos fundamentais sob a ótica do Ativismo Judicial

A Constituição Federal de 1988 confere mediante o Princípio da Separação dos Poderes, a autonomia ao Legislativo, Executivo e Judiciário, como poderes harmônicos entre si, fulcrado em seu art. 2º e com status de cláusula pétrea, conforme preconizado no art. 60, § 4º, inciso III do mesmo diploma legal.

No entendimento de Gerusa e Silva Castro López²⁶⁷, em sua obra que, o controle da legalidade dos atos praticados pelo Poder Público, em que pese a separação dos poderes e em sua discricionaridade pertinente as atividades administrativas, esborda a dimensão jurisdicional.

Estão submetidos ao crivo do Poder Judiciário, tanto os atos comissivos como os omissivos, cabendo o controle jurisdicional em última instância, a fim de se verificar a ausência de regulamentação de políticas públicas ou se a política pública implementada pelo Legislativo ou Executivo afronta os direitos fundamentais, ou ainda, se apresenta inadequada.

Diante desses pressupostos, constata-se ser inadmissível a impossibilidade de concretização de direitos e garantias, especialmente as fundamentais. O Poder Executivo não pode se omitir de seus deveres prestacionais.

Um dos mais recorrentes argumentos para justificar uma postura jurisdicional ativista nas demandas sanitárias seria a efetividade plena das normas referentes à prestação de direitos sociais. Os direitos fundamentais (inclusive os sociais, como o direito à saúde) são considerados norma de eficácia plena, tendo, pois, aplicabilidade imediata (art. 5°, §1°, CF/88), o que possibilita aos indivíduos exigi-los judicialmente.²⁶⁸

²⁶⁷ LÓPEZ, Gerusa e Silva Castro. O processo coletivo e o ativismo judicial sob a ótica do neoprocessualismo: instrumentos a favor da concretização dos direitos fundamentais. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 17, n. 128, set. 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php ?n_link=revista_leitura& artigo_id=15188&revista_caderno=21> Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁶⁸ ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 69.

A própria Constituição respalda a atuação judicial quando a inércia dos demais poderes constituídos impeça impede a satisfação de direitos fundamentais (normas de aplicabilidade imediata).²⁶⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷⁰ diz que o Brasil recebeu uma grande influência da doutrina alemã, segundo a qual considera que os direitos fundamentais não dependem de lei nem de decisão administrativa para serem aplicados. O Judiciário brasileiro considera obrigatória a aplicação direta das garantias previstas na Constituição, por entender que possuem um núcleo essencial assecuratório da sua aplicação imediata. Argumentam que não há nenhuma inovação nessa atitude; estão apenas a assegurar algo já previsto na Constituição.

Ao Poder Judiciário cabe zelar pela obediência às leis e deveres que são impostos. É legítimo ao Judiciário assegurar tais direitos, proferir decisões para que o Estado forneça medicamentos, como também custeie o tratamento aos necessitados.

Da pretensão de concretização dos direitos sociais podemos verificar que delas resultam algumas consequências. Uma delas, a gigantesca quantidade de ações judiciais a reclamar prestações positivas ligadas à proteção da saúde individual. Nada obstante, "o desvio indevido de recursos para atender prioritariamente às decisões judiciais pode acarretar consequências destrutivas para o sistema coletivo de proteção à saúde, em prejuízo do direto daqueles cidadãos mais necessitados e que mais dependem da rede pública de medicamento".²⁷¹

Evidencia que a desarmonia entre o texto constitucional e as condições socioeconômicas vividas pela sociedade em sua maioria, favorece o voluntarismo judicial, que pretende buscar fazer valer o dever-ser constitucional.²⁷²

Existe uma enorme discrepância entre as "promessas" da Constituição e a realidade econômico/financeira do país, não somente no que toca à saúde, mas também ao lazer, educação, segurança etc.

Em linhas gerais, o ativismo judicial seria, em todos os seus aspectos, algo benéfico tanto ao Judiciário - que passa a concretizar cada vez mais os mandamentos constitucionais, quanto para a sociedade - que passa a ter seus direitos assegurados. Todos, aparentemente, sairiam ganhando. Entretanto, é preciso questionar até que ponto esse movimento é realmente

²⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional. *Consultor Jurídico*, 23 fev. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional. Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A constitucionalização do direito administrativo*. XX Semana Jurídica do Curso e Direito UFSC. Auditório do Fórum Norte de Ilha. Florianópolis, 24 de outubro de 2016.

²⁷¹ IVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde:* regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 33.

²⁷² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 288.

salutar ou se (sobretudo em demasia!) acaba por provocar graves danos e/ou distorções. Ou, ainda, inclusive se em qualquer medida é sempre indesejável. Há quem sustente que, por enquanto,[...] o ativismo judicial tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da sua cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.²⁷³

As decisões ativistas nos levam a crer ser apenas um provimento paliativo aos anseios indivíduo, não sanando o problema da coletividade.

Não havendo remédios a serem distribuídos pelo SUS, o correto é entrar com uma ação individual pleiteando a tutela jurisdicional; noutro norte, se não há vagas em creches, requer-se ao Judiciário a inclusão da criança numa instituição de ensino. O Judiciário passa a figurar como um Serviço de Atendimento ao Cidadão.

Ao acolher tais pleitos sem considerar seus efeitos em longo prazo, o Judiciário corre o risco de construir uma cidadania ficta (mais um cliente do que um efetivo cidadão!), ao incutir nas pessoas uma perigosa e mesmo desastrosa ideia de que cidadania seria simplesmente ter direito de bater às portas do Poder Judiciário, mais especificamente, ao STF, nele a depositar todas as esperanças e dele a cobrar todas as respostas.²⁷⁴

Nossa Constituição Federal garante o direito à saúde em seu artigo 6º e, nos artigos 196 a 200. Entretanto, não dispõe de que forma se dará a prestação desse direito à coletividade; omite-se de como o Estado deverá fornecer medicamentos ou tratamentos a quem possui e a quem não possui condições de custear tal despesa; não determina qual a política pública sanitária mais ou menos adequada.

Tal indefinição traz inegável espaço de discricionariedade ao gestor público, que deve mirar a melhor solução no caso prático, a mais adequada à realidade prática. A decisão do poder público:

[...] decorre de embates e escolhas políticas realizadas pelos agentes políticos, sedimentando ponderações realizadas entre os diversos bens a serem protegidos e os meios necessários para tal finalidade. Isso não significa, contudo, que as decisões políticas estejam sempre em consonância com as prioridades constitucionais. Assim, é possível que haja controle, sobretudo pelo Poder Judiciário, no caso de

²⁷⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; TAVARES, André Ramos. *E não é pra cumprir a Constituição*? Migalhas, 2009. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/ dePeso/16,MI84133,21048-E+nao+e+para+cumprir+a+Constituicao>. Acesso em: 20 jun. 2020.

-

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 18 jun. 2020.

normativas inconstitucionais e ilegais, bem como no caso de omissões injustificadas da administração pública.²⁷⁵

Assim, cabe à Administração Pública elaborar políticas públicas adequadas para a concretização dos direitos sociais, definir o percentual do orçamento a ser aplicado, a forma da prestação, seus respectivos os projetos e programas etc. Há, pois, fatores contingenciais que influenciam na concretização do direito à saúde. Invariavelmente, além das oscilações de diretrizes político-governamentais, por vezes a questão orçamentária pressiona e acanha o acesso universal à saúde. Por mais que o acesso à saúde seja uma prioridade para a população, não é a única; educação, transporte, segurança e vários outros setores também reclamam massivos investimentos. Nos limites do marco normativo aplicável, é no palco das decisões administrativas que essas ponderações e escolhas devem ser forjadas e de quem se deve cobrar as respectivas responsabilidades.

Por certo, o poder discricionário conferido ao administrador para fazer suas escolhas está limitado à ordem normativa e submetido ao controle judicial. Nesse sentido, o processo político de definição das prioridades e prestações que serão proporcionadas à população encontra-se sujeito ao crivo de legalidade (critério formal) e constitucionalidade (critério material). A doutrina admite a intervenção judicial nas decisões discricionárias do Poder Público por estar o gestor inicialmente "[...] submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos por leis e, por último, adstrito a consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo poder público".²⁷⁶

Embora não represente uma função típica ou mesmo legalmente prevista, admite-se a intervenção do Judiciário nas demais esferas públicas nos casos de omissão grave, que viole os direitos fundamentais dos cidadãos — por considerar-se que a negligência também é um ato inconstitucional. Assim, quando o Estado vier a desviar-se de seus ônus político-jurídicos, de forma a negar eficácia e integridade a direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais constitucionalmente assegurados, cabe ao Judiciário garantir sua concretização, ainda que de forma excepcional.²⁷⁷

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, que tratava sobre recursos financeiros mínimos necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde,

_

²⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 73.

[.] ²⁷⁶ Ibidem, p. 11

²⁷⁷ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012, p. 99.

o ministro Celso de Melo assim defendeu o espaço de atuação judicial em casos de omissão de políticas públicas pelos demais poderes.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non prestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.[...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.²⁷⁸

Com efeito, por mais que incumba à Administração Pública decidir sobre a alocação de recursos e outras decisões essenciais relacionadas ao planejamento, disciplina e execução de políticas públicas emanadas da ordem constitucional, essas decisões estarão sempre sujeitas ao crivo judicial, tanto no caso de aspectos formais como na sua adequação material à ordem constitucional estabelecida, não para substituir decisões políticas da Administração por decisões políticas do Judiciário, mas para glosar ações e, sobretudo, omissões administrativas inconstitucionais (controle jurisdicional negativo de políticas públicas).

3.4. Ponderação da reserva do possível x garantias constitucionais

Antes de adentrar na temática da ponderação da reserva do possível versus garantias constitucionais, faz-se necessário entender e conceituar o Princípio da Reserva do Possível.

O Princípio da Reserva do Possível também denominado Princípio da Reserva de Consistência surgiu na Alemanha, originário de uma construção jurídica a partir de uma ação judicial que tinha como objetivo permitir que determinados estudantes cursassem o ensino superior público tendo como base a garantia de livre escolha do trabalho, ofício ou profissão.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/MC* – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões monocráticas, 29 abril 2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp. Acesso em: 10 mai. 2017.

No caso em comento, a Suprema Corte Alemã decidiu que, somente se pode exigir do Estado uma prestação em benefício do indivíduo interessado, sob a condição de serem observados os limites da razoabilidade. Entre mente, fundamentou que os direitos sociais que exigissem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível, no sentido de que aquilo que o indivíduo, de maneira racional, possa esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.²⁷⁹

O princípio da reserva do possível normatiza a possibilidade e tangencia a atuação do Estado, no que concerne ao cumprimento de direitos, tais como os sociais, que estão intimamente ligados a disponibilidade de recursos públicos do Estado.

Exemplificando, está positivada na Constituição de 1988, a saúde como um direito de todos os cidadãos e um dever do Estado garantido pelas políticas sociais e econômicas, garantindo a redução de doenças, e que proporcionem o acesso igualitário e universal aos serviços e ações, tais como, proteção, promoção e recuperação da saúde de todos.

Está sob o manto da Constituição a proteção, a prevenção e o tratamento de doenças, por meio de políticas públicas que venham a garantir a integridade física e psíquica do cidadão, em perfeita observância ao Princípio Maior, qual seja, o direito à dignidade da pessoa humana. Entretanto, estão limitadas pela legislação as despesas e receitas, de sorte que o Estado só pode realizar, por si, investimentos para os quais haja recursos suficientes.

Vê-se que, o direito à saúde, em que pese ser uma norma constitucional de caráter programático, encontra óbice na escassez de recursos e na avaliação de prioridades do órgão público.

É cediço que, o princípio da reserva do possível consagra-se no sentido de que o Estado deve observar, em cada caso concreto, a prestação de políticas públicas, os pressupostos: a necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia do serviço.

É fato notório que o Poder Público encontra-se economicamente limitado financeiramente, não tendo condições de atender a toda demanda da população, de modo indistinto.

Em contrapartida, havendo os pressupostos para a prestação do serviço, este estará sendo prestado de acordo com a reserva do possível, cabendo ao Poder Público prestar o serviço adequadamente, em obediência ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

_

²⁷⁹ LIMA, Fernando Gomes Correia e MELO, Viviane Carvalho - *O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde*. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php? option=com_content&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-inimo-existencial-e-o-direito-a-saude>> Acesso em: 05 out. 2020.

Preleciona George Marmelstein²⁸⁰ em sua obra, que se deve observar as peculiaridades de cada caso concreto, pois o Poder Público não possui recursos financeiros suficientes para o atendimento de todas as demandas, deve-se fazer escolhas entre os casos mais necessários.

Assevera ainda que:

[...] Por outro lado, de acordo com o artigo 7°, IV, da Constituição Federal, o **mínimo existencial** seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental.

Sendo o Estado omisso na concretização dos direitos fundamentais, estar-se-ia violando o mínimo existencial.

Ainda conclui:

[...] Torna-se importante, pois, que se amplie, ao máximo, o núcleo essencial do direito, de modo a não reduzir o conceito de **mínimo existencial** à noção de mínimo vital. Ressaltando-se que, se o **mínimo existencial** fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar o direito social, bastando reconhecer o direito à vida.

Luís Roberto Barroso²⁸¹, define o conceito de mínimo existência:

[...] como o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposta da dignidade para qualquer pessoa, em razão do que, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado caso alguém não caso alguém viva abaixo daquele patamar.

Andreas Krell²⁸², aduz que "[...]a efetividade dos direitos sociais materiais e prestacionais estaria condicionada à reserva do que é possível financeiramente ao Estado."

Neste sentido, condiciona os direitos fundamentais a real possibilidade financeira do Estado, cabendo ao legislativo e executivo a discricionaridade sobre a disponibilidade dos recursos financeiros do Poder Público.

Por conseguinte, assevera que:

[...]o referido "padrão mínimo social" para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à (sic) uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e garantida de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país.

Para o autor, a cláusula de reserva do possível decorre de um Direito Constitucional comparado equivocado, não podendo ser admitida no Brasil, por ser um país pobre, e seus

²⁸⁰ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 319-323.

²⁸¹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

²⁸² KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:* os descaminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 63.

governantes justificariam sua omissão condicionando a concretização dos direitos sociais à disponibilidade de recursos do Estado, reduzindo assim a eficácia a zero. Não teria como tratar milhares de pessoas com doenças comuns inerentes à pobreza ou a pessoas portadoras de doenças raras ou com pequena possibilidade de cura. Destarte, com base no Princípio da Isonomia esculpido na Constituição de 1988, é dever do Estado tratar de forma igualitária a todos. Ademais, se os recursos não se mostram suficientes, deve os governantes transferir recursos de outras áreas para garantir os direitos mais essências a pessoa humana.

Conclui que um relativismo nesse contexto pode levar a ponderações anti-humanistas e perigosas, sob o argumento de "por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?

No Direito Constitucional Comparado equivocado, o Princípio da Reserva do Possível caracteriza-se como uma falácia, onde a realidade social brasileira não pode ser comparada àquela vivenciada nos países europeus.

O Brasil é um Estado na qual a crise social assola milhões de cidadãos excluídos socialmente, onde se encontra um uma grande quantidade de pessoas dependentes da rede pública de hospitais, sem que consigam achar vagas em hospitais, crianças e jovens que sequer estão matriculados nas escolas, milhares com deficiência alimentar, subnutridos e como consequência a morte prematura.

Não se pode trazer como justificativa que a reserva do possível e a reserva orçamentária sejam objeções para efetivação dos direitos sociais, não podendo, portanto, representar um limitador a concretização dos direitos fundamentais e sociais.

O ministro Celso de Mello²⁸³, do Supremo Tribunal Federal entende que:

[...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5°, *caput* e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Em suma, a cláusula da reserva do possível, intrinsicamente ligada à existência de disponibilidade de recursos do Poder Público, vem servindo de argumento de limitação à efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 452312 / RS*. Relator: Min. Celso De Mello. Acórdão Eletrônico DJe PP-00019. Julgamento 31 de Maio de 2004. Publicação 23/06/2004. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14799576/agravo-de-instrumento-ai-452312-rs-stf.. Acesso em: 01 out 2020.

Compete ao Estado, notadamente, aos Poderes Legislativo e Executivo aplicar e destinar os recursos econômicos, a fim de executar as políticas públicas em prol da sociedade.

Toda vez que esses poderes deixam de cumprir os preceitos fundamentais impostos, compromete sobremaneira a eficácia dos direitos sociais esculpidos na Constituição de 1988. É neste momento que o Poder Judiciário, transcende sua competência funcional, para determinar a efetivação de prestações estatais, de forma a garantir o mínimo existencial, homenageando à dignidade humana.

Nesta seara, levantar a bandeira da reserva do possível, certamente constitui um obstáculo a concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, diante de escassos recursos imbuído de assegurar à sociedade um padrão de bem-estar social por excelência, conquanto não se pode trazer à baila esse lema, quando se está diante de direitos sociais básicos, direitos esses indispensáveis a propiciar a pessoa humana o mínimo existencial, como forma de garantia do princípio maior o da dignidade da pessoa humana.

3.5. Case ação civil pública do Carvão em Santa Catarina

A exploração de mineração de carvão em solo brasileiro está concentrado no Estado de Santa Catarina, onde se encontra os mais importantes centros de mineração de carvão.

No Sul de Santa Catarina está radicada a região carbonífera, onde prevalece uma forte economia baseada no carvão mineral.

Desde o final do século XIX iniciou-se as atividades com a colonização europeia e o consequente povoamento da região.

Passou-se a exploração desse recurso mineral, várias etapas evoluíram com a ajuda da tecnologia, aperfeiçoando a produção, desde a extração até o beneficiamento. O carvão transformou a região num segmento produtivo, propiciando um desenvolvimento econômico, social e político a região.

É fato notório que a atividade de extração e comercialização do carvão mineral está intrinsicamente ligada aos impactos de sérios danos ambientais. Áreas eram devastadas e degradadas após a exploração, pois os rejeitos de minério não utilizado para a comercialização eram depositados em solo.

Hoje, essa prática está em extinção, visto que este material não utilizado retorna ao subsolo, com o intuito de preencher as camadas vazias provenientes da extração do minério e o excedente é depositado em locais autorizados pelos órgãos competentes.

O extrativismo mineral, notadamente, o do carvão mineral é considerado um dos segmentos produtivos com a utilização temporária ou transitória do solo e, consequentemente, é responsável por recuperar a área afetada pela exploração, de modo a possibilitar a recomposição do solo, a fim de garantir o uso do solo pelas gerações futuras.

O Direito Ambiental, a partir da promulgação da Constituição de 1988, criou mecanismos de proteção e controle do meio ambiente, e esse bem passa a ser tutelado por esse instituto.

A qualidade de vida da pessoa humana passa pelo crivo dos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais garantindo assim o bem-estar social.

As gerações atuais e as futuras dependem de como esses mecanismos devam atuar para garantir um equilíbrio, gerando um meio ambiente equilibrado e sustentável, capaz de suprir as necessidades vitais.

Para se explorar recursos minerais, em especial, o carvão mineral, existem procedimentos da mais alta complexidade, quer seja na expedição de licenças, elevados investimentos financeiros/econômicos, e o dever de impor a recuperação das áreas degradadas, perquirindo uma verdadeira compatibilização com a proteção ao meio ambiente.

Tão quanto importante é a recuperação do meio ambiente, é a prevenção do dano, de sorte que não venham a ocorrer prejuízos muitas vezes irreparáveis como se pode citar o Case de Brumadinho.

Cabe a pessoa jurídica que detém a exploração dos recursos do solo o dever de reparar possíveis danos de degradação, no tocante a minimizar os impactos trazidos pela devastação.

Insta frisar que na década dos anos 90, a exploração do carvão, não se atinha aos controles ambientais como hoje se apresentam. Tanto pelo Poder Público quanto pelas indústrias exploradoras do carvão.

Os grandes impactos ambientais oriundos, quer seja pela precária fiscalização, como também pelo caráter hermenêutico dado pelos legisladores e órgãos ligados ao Direito Minerário e Ambiental, vieram a acarretar na região carbonífera do sul de Santa Catarina grandes passivos ambientais.

Diante deste panorama, como consequência o Ministério Público Federal (MPF), promoveu a intervenção, por intermédio da Ação Civil Pública (ACP), proposta na 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, no processo nº 93.8000533-4, em 15 de abril de 1993.

Deflagradas as instâncias e as fases de instrução processual, foi prolatada a sentença, que condenou solidariamente os réus a recuperarem a região, obrigando-os a elaborarem um projeto de recuperação ambiental para toda a região devastada, em 05 de janeiro de 2000.

Tanto as empresas carboníferas quanto a União foram condenadas pelos danos ambientais causados pela mineração do carvão no Estado de Santa Catarina.

O extrativismo e o beneficiamento do carvão mineral em Santa Catarina, representam uma das principais atividades econômicas da região sul de Santa Catarina, para tanto, torna-se como relevante e desafiador, investigar para avaliar o estudo do caso através da Ação Civil Pública n/]93.9000533-4 – ACP do carvão de Santa Catarina, no intuito de recuperar o meio ambiente dessas áreas degradadas, em continuidade da atividade produtiva do Estado

O tema merece neste trabalho uma especial atenção, notadamente, o case Ação Civil Pública nº. 93.8000533-4, denominada ACP do carvão em SC, no enfoque da perspectiva de recuperação ambiental de áreas degradadas, pontuando os impactos decorrentes da continuidade da atividade de mineração no Estado de Santa Catarina.

As áreas degradadas pela mineração do carvão, estão sob o crivo de um processo que visa o equilíbrio entre o meio urbano e o uso de um solo planejado, que estejam em conformidade com as regras de preservação do meio ambiente, de modo a garantir sua sustentabilidade.

Contra a degradação provocada pelo extrativismo mineral, estão diretamente ligadas às normas jurídicas que visam tutelar o meio ambiente quanto aos impactos ambientais causados pela exploração dos recursos minerais, para tanto impõem sanções administrativas e penais, quando não ocorre a devida recuperação.

A ACP do Carvão (Ação Civil Pública nº. 93.80.00533-4), como é denominada, foi proposta com o objetivo de recuperar os passivos ambientais do período de 1972 a 1989. A ação foi proposta pelo Ministério Público Federal, onde figuraram 24 réus, dentre eles, empresas cuja atividade era a exploração de carvão, seus sócios, diretores, a União e o Estado de Santa Catarina.

O artigo 5^a da Lei 7.345/85²⁸⁴, dispõe que a ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquias, empresas públicas, fundações, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II –

BRASIL. *Lei da Ação Civil Pública*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou a patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em 05 de janeiro de 2000 foi prolatada a sentença condenando os réus solidariamente a apresentarem um projeto de recuperação ambiental para a região degradada:

[...] um projeto de recuperação da região que compõe a Bacia Carbonífera do Sul do Estado" contemplando "as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento [...].

Foi deferida também tutela antecipada, objeto do processo de execução provisória 2000.72.04.002543-9, onde determinou que os réus devessem apresentar no prazo de 06 meses, projeto de recuperação da Bacia Carbonífera do Sul de Santa Catarina, estipulando o prazo de 03 anos para conclusão as obras de recuperação.

Tanto a Ação Civil Pública quanto a sentença para a recuperação ambiental trouxeram impactos significativos no processo de planejamento de recuperação dos danos ambientais durante o processo de extração mineral e após o fechamento das minas.

As empresas passaram a sentir a necessidade de implantação de sistemas de gestão ambiental (SGA). Hoje, essas certidões são pré-requisitos nos contratos de fornecimento de carvão ao complexo termelétrico de Capivari Baixo, e, todas as empresas carboníferas possuem o SGA, com certificação ISSO 14.001.

A Ação Civil Pública do carvão, firmou um acordo entre as empresas carboníferas, MPF, FATMA e DNPM, com o objetivo de promover a recuperação das áreas degradadas nas décadas de 1970 e 1980.

O plano de recuperação ambiental, firmou um para prazo para recuperar todas as áreas desgastadas, ou seja, o ano de 2020, e o custo para essa reparação foi estimado em R\$ 309.000.000,00 (trezentos e nove milhões de reais).

Destarte, a sentença da Ação Civil Pública do Carvão, homenageou e empregou o princípio do poluidor pagador, por meio da condenação solidária entre as empresas carboníferas e a União, obrigando-as a reparação da área total degradada pela exploração da mineração. Valeu-se também do Princípio da Prevenção, aplicando para tanto, a legislação especial sobre exploração de carvão, prevenindo futuros passivos.

As evoluções no campo tecnológico utilizando métodos e equipamentos mais modernos, dão azo a uma redução dos impactos ambientais, promovendo uma maior segurança aos trabalhadores deste segmento, gerando um meio ambiente equilibrado e sustentável.

A ACP do carvão por meio de sua sentença e TAC'S suscitou a consciência socioambiental de os participantes e conviventes com a exploração carbonífera.

Por derradeiro, preconiza-se que o princípio do desenvolvimento sustentável, de grande relevância nos processos de exploração recursos naturais, deve propiciar um crescimento econômico, proteção socioambiental e inclusão social, integrando a economia, a sociedade e o meio ambiente.

3.6. Case Ação Civil Pública sobre Lotação dos Presídios

É por todos sabido que o Estado tem o dever de assegurar aos presos, conforme preconiza o art. 5°, inciso XLIX da Constituição Federal^{285,} o respeito à integridade física e moral.

Preleciona José Afonso da Silva²⁸⁶ em sua obra, "[...] respeito à integridade física significa não maltratar o preso com violência e abuso de autoridade que provoquem lesões a membros de seu corpo, visíveis ou invisíveis. Integridade moral (...) é um valor talvez até mais importante do que a integridade física."

Elucida ainda que:

[...] A integridade física sara com o tempo, cicatriza-se mais rapidamente. É bem verdade que não raramente a agressão física contém uma dose apreciável de humilhação que corresponde a uma lesão moral. Contudo, a agressão moral, as ameaças, as chantagens, as pressões familiares, as práticas sexuais, que são física e moralmente arrasadoras, e tantas outras formas que a inventiva policial cataloga na sua imensa veia sádica, ao longo dos tempos, causa horrores a tantos quantos se guiam por princípios de respeito à dignidade da pessoa humana, nela incluída a dignidade dos presos.

Tem-se certo que, há severa dicotomia entre o texto constitucional, que de seu turno dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, de outro norte que as condições precárias dos estabelecimentos prisionais, importam direta ofensa à sua integridade física e moral.

A bem da verdade, o que se evidencia na atualidade, é a dificuldade técnica para efetivação desses direitos fundamentais.

-

²⁸⁵ BRASIL, op. cit. nota 23.

²⁸⁶ SILVA. José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 151.

No entender de Canotilho²⁸⁷ os direitos fundamentais podem ser positivados de quatro formas - como normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos.

Sendo o direito fundamental prestacional proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou quando sob forma que permita, de logo, com ou sem interposição legislativa, o reconhecimento de direito subjetivo do particular (no caso do preso), como titular do direito fundamental, a que Canotilho²⁸⁸ denominou de "norma impositiva".

Dessarte, cuida-se de norma de cunho programático. Não é uma disposição autoexecutável, apenas dispõe de ação ditada ao poder público. Além disso, para sua efetiva realização esbarra na dimensão econômica dependente da conjuntura atual; mais a mais, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha obrigação de prestar. Neste sentido, tem-se que a limitação de recursos constitui, para muitos, no tangenciamento fático à efetivação das normas de natureza programática, a que, José Carlos Vieira de Andrade^{289,} o grande mestre de Coimbra, denomina de "reserva do possível".

Em respeito aos direitos de natureza programática, a reserva do possível tem a ver não somente com a possibilidade material para sua efetivação (orçamentária, econômica, financeira), mas também, via de consequência, com o poder discricionário de parte do Administrador, não se tratando de atividade vinculada.

Traz-se à baila o caso da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPE-RS), em face do Estado do Rio Grande do Sul.

Tal propositura foi no sentido de que o Estado promovesse uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana.

Esta ação teve como pretensão a condenação do Estado na obrigação de fazer, quais sejam, geração e implementação de vagas no sistema prisional para os regimes fechado, semiaberto e aberto, em vista de assegurar as garantias constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, compelindo o Estado a cumprir o seu dever de investir no tratamento do preso e na sua reinserção social.

Em sua fundamentação, o Ministério Público enfatiza que a superlotação dos presídios é fator preponderante para o aumento da criminalidade e a fragilização da segurança pública.

_

²⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. .*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Imprenta: Coimbra, Almedina, 2017, p. 556-557.

²⁸⁸ Ibidem, p. 176 e ss.

²⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 1.

Trata-se de uma questão de Estado, e neste caso, é legítima a intervenção do Poder Judiciário, com a finalidade de dar efetividade aos preceitos constitucionais que garantam a Dignidade da Pessoa Humana do preso que trazem consequências diretas na Segurança Pública.

Aduz o Ministério Público que os estabelecimentos prisionais daquela região (Uruguaiana – RS) abrigam um número maior de presos, caracterizando superlotação.

Entende o M.P. que a superlotação traz efeitos danosos aos presos e fragilizam a segurança pública.

Em 14 de junho de 2005, a Promotoria de Justiça, instaurou o inquérito civil nº 12/2005, cujo objetivo era investigar a superlotação nos estabelecimentos prisionais sob a jurisdição de Execuções Penais da Comarca de Porto Alegre, para posterior compromisso de ajustamento ou ajuizamento de ação civil pública.

De acordo com o Ofício nº 4092/04, subscrito pelo Promotor de Justiça Gilmar Bortolotto, em 7 de dezembro de 2004, o qual transcreve-se abaixo:

[...] As casas especiais, que formam o complexo Porto Alegre Charqueadas, alojam os presos de maior risco para a segurança da sociedade. Trata-se de mais de 10.000 apenados que cumprem pena privativa de liberdade. A situação de precariedade detectada pela fiscalização realizada pelo Ministério Público no que diz com as penitenciárias, colônias penais e casas do albergado que compõem o complexo Porto Alegre – Charqueadas é amostra de todo o sistema prisional gaúcho. A deficiência de vagas no sistema prisional ultrapassa o número de 5.000 (número admitido pela administração e que, cremos, é maior). Tal situação fragiliza a segurança e o controle que deve ser desenvolvido sobre os apenados, especialmente aqueles que representam perigo social maior. É comum flagrar-se presos atuando de forma organizada no cometimento de crimes a partir do sistema prisional, o que é de conhecimento público. Com o número de presos que supera em mais de 30% o número de vagas, o resultado é a superlotação, com apenados dormindo no chão, em condições insalubres, o que agrava a já precária condição de controle das doenças contagiosas (AIDS, tuberculose, hepatites, etc.) (...) A superlotação, aliada às carências de recursos humanos gera clima tenso que pode ocasionar a óbvia consequência de rebeliões que somente seriam contidas com um alto custo de vidas humanas. Os estabelecimentos penais possuem uma previsão de estrutura que precisa funcionar adequadamente para que as demandas sejam encaminhadas. O efeito do funcionamento precário é a pressão exercida pela massa carcerária, que pode gerar conflitos graves nas casas prisionais. Para que se tenha uma idéia do problema, o Presídio Central de Porto Alegre, parcialmente interditado por ação do Ministério Público, com capacidade para 1.542 presos, abriga quase 3.400 reclusos. A situação de precariedade do sistema prisional é histórica, mas está sendo muito agravada pela falta de investimento e de gerenciamento. (...)Os mesmos apenados são recapturados inúmeras vezes, com custos econômicos e de vidas humanas, sem computar-se a influência decisiva da participação de "presos" nos índices de criminalidade. Nos últimos sete anos a população carcerária do Estado praticamente dobrou, sem que houvesse incremento proporcional no que diz com o aparato material e de recursos humanos.

Culminou com a ação civil pública proposta para esse fim, na qual fundamentou seu pedido alegando que a superlotação nos regimes prisionais acarreta graves consequências dentro (internas) e fora (externas) dos estabelecimentos penais, importando em violações ao princípio da dignidade humana e ocasionando importantes reflexos na segurança pública.

Como consequências internas o Ministério Público pontuou:

- 1. A falta de espaço mínimo para o convívio digno, ocasionando violência moral e psicológica, com evidentes prejuízos à saúde física e psíquica do preso.
- A massificação dificulta a individualização da pena, a classificação e a avaliação dos presos, bem como o respectivo tratamento penal.
- 3. A superlotação no regime semi-aberto dificulta a progressão de regime.
- Proliferação de doenças infecto-contagiosas, ocasionando o contágio inclusive de servidores da segurança.
- 5. Dificuldades nas movimentações dos presos, determinando atrasos nas suas postulações (jurídicas, técnicas-sociais, de saúde) inclusive para o comparecimento em audiências judiciais, bem como prejuízos à implementação de uma série de programas de natureza ressocializadora e educacional dos presos.
- 6. Fragilização da segurança sobre a massa carcerária: possibilita "o domínio dos mais fortes", com a formação do chamado "estado paralelo" consubstanciado nas facções criminosas, as quais sujeitam os presos aos mais variados abusos. Com a superlotação, não há como garantir um espaço mínimo, a integridade física, moral e a vida de qualquer encarcerado, bem como reprimir de forma eficaz a ocorrência de crimes no interior dos presídios.
- 7. A disputa de espaço entre as facções, provoca brigas, violências e mortes entre os presos e a guarda, bem como a danificação dos estabelecimentos penais.
- 8. A violação da execução penal e da finalidade da pena.
- 9. A impunidade e a fragilização da segurança pública.
- 10. A mais grave consequência de natureza externa da superlotação é a realimentação da criminalidade com reflexos diretos sobre a segurança pública, gerando mais custo financeiro ao Estado.

O juízo de primeira instância determinou a reforma do estabelecimento, no prazo de seis meses. O Estado recorreu ao TJ-RS.

Ao decidir o caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o pedido do MPE-RS, por considerar que não cabe ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em estabelecimento prisional, "sob pena de ingerência indevida em seara reservada à administração".

O Ministério Público defendeu que o dever de assegurar a integridade física e moral dos presos não depende de verba orçamentária destinada a esse fim, por se tratar de direito de natureza fundamental.

O Ministério Público recorreu ao Supremo Tribunal Federal, alegando que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, e que questões de ordem orçamentária não podem impedir a implementação de políticas públicas que vise garantí-los e que, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana norteiam todo o ordenamento constitucional, e o Estado tem obrigação de conferir eficácia e efetividade ao artigo 5°, inciso XLIX, da Constituição Federal, para dar condições minimamente dignas a quem se encontre privado de liberdade.

Segundo o MP/RS, entretanto, a reserva do possível não se mostra como justificativa suficiente para o Executivo abster-se de suas obrigações constitucionais. Para alegar tal cláusula, seria necessária a demonstração de justo motivo, devendo, por outro lado, ser ela afastada quando implicar violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. No caso concreto, não havendo sido contestado o péssimo estado de conservação do albergue, nem demonstrada a inexistência de recursos orçamentários, não merece prosperar alegação de insuficiência de recursos do Estado.²⁹⁰

Em seu voto o Min. Ricardo Lewandowski^{291,} aduziu que:

[...]existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais de eficácia plena e aplicabilidade imediata – daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado. A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema. (Recurso Extraordinário nº 592.581)^{292.}

-

²⁹⁰ OLIVEIRA, Lais Nunes. *Responsabilidade civil do Estado no âmbito dos presídios brasileiros*. Disponível em:https://jus.com.br/artigos/61780/responsabilidade-civil-do-estado-no-ambito-dos-presidios-brasileiros.Acesso em: 19 abr. 2021.

²⁹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 592581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandoswski. Acórdão eletrônico, Repercussão Geral – Publicado em 01-02-2016. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf >. Acesso em: 19 abr. 2021.
²⁹² Ibidem.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou por unanimidade a tese de repercussão geral apresentada pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowiski, nos autos do RE-592581, nos seguintes termos:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes".

Consta do voto, ainda o que segue:

[...]I-Assim, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, penso que não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública.

II-No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

III-Nesse contexto, não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes.

IV-Ora, salta aos olhos que, ao contrário do que conclui o mencionado aresto, existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais — de eficácia plena e aplicabilidade imediata — daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado.

V-A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

VI-A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.

VII-Sim, porque, como já assentou o Ministro Celso de Mello, não pode o Judiciário omitir-se "se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

O direito à segurança é fundamental, como preconiza o artigo 5°, *caput*, da Constituição Federal²⁹³.

_

²⁹³ BRASIL, op. cit. nota 23.

O princípio da dignidade da pessoa humana do preso deve ser assegurado pelo Estado, garantindo o devido cumprimento dos seus direitos fundamentais inclusive, por meio de prestações fácticas.

A superlotação caracteriza situação violadora dos direitos fundamentais dos presos, sendo certo que deve ser suprimida, estando o Estado obrigado às prestações fácticas da geração e implementação das vagas necessárias nos regimes prisionais.

Conforme Ingo Sarlet²⁹⁴:

[...]não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em dúvida a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestaciona.

Os direitos fundamentais dos presos como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme à lei, à vedação a tratamento cruel e desumano, à individualização da pena, vedação à pena cruel, à separação em estabelecimentos distintos conforme a lei, ao respeito a integridade física e moral, bem como aos demais direitos inseridos nas normas constitucionais e infraconstitucionais, incluindo-se nestas o direito a espaço mínimo, determinado pela Lei de Execuções Penais, dando maior concretude normativa àquelas, preenchem o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana dos presos. Têm aplicação imediata, conforme o art. 5°, § 1°, da Constituição Federal, afirma o *Parquet*, em sua ACP.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁹⁵ conceitua a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade instrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um compelxo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O panorama nacional do sistema carcerário brasileiro é de uma cenário composto de péssimas condições tanto no âmbito material/estrutural quanto moral, maculando a integridade física e psíquica dos presos e, por consequência, fere o princípio da dignidade

²⁹⁵ Idem. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

-

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 375

humana.Conquanto, impossibilita sobremaneira a ressocialização e a reinserção do preso na sociedade. Evidencia-se que como principal entrave é a superlotação carcerária.

O Estado disponibiliza recursos orçamentários, considerando-se o instituto da reserva do possível, e, tais recursos são considerados insuficientes par a resolução do problema, como a reforma dos presídios, o aumento de espaços físicos para alocação dos presos, alimentação, saúde, são um desafio para a efetividade da lei de execução penal, lei essa que almeja uma política prisional alicerçada na proteção do indivíduo.

Atesta-se que o Estado não é um ente que tem valor absoluto e poder discricionário, porém, ao contrário, possui deveres com os indivíduos que cometem delitos, uma vez que estes estão sob sua custódia, sendo merecedores de assistência física, moral, educativa e religiosa. Direitos esses que vêm sendo negados há décadas pelo Estado.

Em síntese, o atual sistema carcerário brasileiro é carecedor de infraestrutura e meios assistenciais necessários, não havendo portanto, possibilidade de ressocialização dos presos, sendo este o maior pressuposto do aprisionamento e do cumprimento da pena. Certo é que o Estado é responsável pela efetividade do que preconiza a Lei de Execução Penal, e a garantia constitucional à dignidade da pessoa humana na pessoa de cada um dos presos que se encontram sob a custódia do Estado.

Urge implementar ao sistema penitenciário brasileiro à adoção de políticas públicas que venham garantir o mínimo existencial a população carcerária.

Cabe ressaltar, a necessidade de desprisionalização daqueles condenados que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, como também a observância ao cumprimento dos prazos processuais, concedendo liberdade a grande parte dos presos que já cumpriram suas penas, de modo a diminuir a crise penitenciária.

Ademais, com a implementação dessas medidas acima mencionadas, tornar a reserva do possível mais condizente com a uma realidade que envolva um menor número de encarceirados, a fim de efetivar ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos presos o respeito à sua integridade física e moral, conforme preconiza o art. 5°, inciso XLIX da Constituição Federal²⁹⁶, não sendo oponível o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Destarte, a ausência de previsão orçamentária, de previsão no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias não é capaz de impedir decisão de efetivação, pelo ente público, dos direitos fundamentais à integridade física e moral dos carcerários.

_

²⁹⁶ BRASIL, op. cit. nota 23.

Noutro gira, não há que se falar em aplicação do princípio da proporcionalidade, pois o direito à vida e à saúde se sobrepõe a qualquer outro direito fundamental.

Neste sentido, a atuação do Judiciário, mostra-se perfeitamente cabível, especialmente em sede de ação civil pública, para determinar ao Executivo a realização de obra para adequação estrutural de estabelecimento penal à Lei de Execução Penal.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, procurou-se trazer uma exposição acerca do ativismo judicial, seus aspectos positivos e negativos e um olhar crítico sobre as decisões estruturais. Trouxe também à baila a necessidade de evolução do modelo processual clássico binário, hoje ineficiente para tratar de litígios complexos. Explanou-se sobre a legitimidade do Poder Judiciário de prolatar decisões vertidas na resolução de situações em que pesem nítida violação de direitos fundamentais. Por derradeiro, quanto à efetivação da decisão judicial, mostrou-se a necessidade da mutabilidade da decisão e a co-participação dos protagonistas como mecanismo de cunho democrático.

O Ativismo Judicial é considerado um fenômeno mundial, e a consequência de seu surgimento está ligada a hermenêutica constitucional, estando diretamente vinculada às insatisfações da sociedade quanto às deliberações exdrúxulas e danosas, quer sejam as tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Por tais motivos, cada vez mais o cidadão vem ao encontro de soluções na busca de pronunciamentos jurisdicionais capazes de concretizarem direitos fundamentais esculpidos na Carta Magna de 1988.

A conduta do Judiciário face a esses questionamentos, encontra respaldo no Princípio da Proteção Judicial Efetiva, bem como no papel assumido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

O Ativismo Judicial revela-se em duas faces: uma positiva e a outra negativa, ou seja, a primeira face volve-se à igualdade social, na dignidade da pessoa humana, na garantia do mínimo existencial, onde os magistrados transcendem às funções judicantes interferindo no dever de legislar, nas políticas públicas, nas decisões estruturais alocatifas de recursos do Estado, propiciando uma atuação ativa frente às omissões legislativas.

Por outro passo, a face negativa concerne na premissa de que tal atitude do Judiciário, feriria o Princípio da Separação dos Poderes, haveria uma extrapolação das fronteiras do Poder Judiciário, uma típica conduta *longa manus* de suas competências no âmbito do Legislativo e Executivo, quando se mostrarem omissos ou inertes esses dois poderes na efetivação das decisões judiciais, deixando de garantir as políticas públicas, maculando a concretização dos Direitos Fundamentais Constitucionais.

Não obstante, a crítica de que o ativismo judicial estaria violando a separação dos poderes, contudo esta atuação proativa na Carta Magna de 1988 que elucida a tripartição de poderes, tem sido transformada de modo considerável.

O princípio da separação dos poderes sofreu uma evolução ao longo de sua trajetória histórica, permitindo uma flexibilização, no sentido de que o Poder Judiciário intervenha positivamente em outras esferas do poder.

De toda sorte, o ativismo judicial não pode ser interpretado como inconsequente e liberal, de modo que tudo é permitido em prol dos direitos fundamentais, em nome da Justiça Social. Ao passo que, se o Judiciário se mantiver numa postura conservadora, em nada mudará o estado das coisas, acarretando injustiças sociais, descaso e falência de direitos.

O que se espera do Judiciário é um ativismo pautado na prudência, respeitando os princípios constitucionais da separação dos poderes e via de consequência, preservando a segurança jurídica.

Não cabe ao Judiciário, sozinho, arcar com o ônus de ser o único poder responsável pela garantia da democracia.

É mister afirmar que ecloda uma consciência por parte do Legislativo para que exerçam suas funções de forma a garantir a elaboração de normas jurídicas que implementem políticas públicas, e que o Executivo efetive tais políticas de modo a garantir a concretização de direitos, não tão somente dos fundamentais, mas sim, aqueles que estão dispostos na Carta Maior do Estado Democrático de Direito. Com isso, fica o Judiciário isento de praticar o Ativismo intervencionista, a fim de determinar o cumprimento de suas decisões.

A cautela é um pressuposto fundamental para que os magistrados de posse de um instrumento de cunho político, que irá diretamente ter impacto nas premissas do exercício da dignidade humana.

Ao prolatar as sentenças, os magistrados devem projetar um olhar além, de modo a prever as consequências de suas decisões e que impacto estas trarão ao cotidiano de seus jurisdicionados.

Dessarte, suas decisões devem ter o mais alto grau de racionalidade e fundamentadas com conhecimento técnico jurídico, de modo a garantir as reais necessidades da sociedade, ou seja, evitando injustiças ou arbítrios, sob pena de danos irreparáveis.

É fato notório que, enquanto as premissas elencadas na Constituição Federal não tiverem sido cumpridas, e não houver dispositivos legais para a concretização dos direitos fundamentais, o Judiciário numa atuação proativa e dinâmica, torna-se uma necessidade institucional.

O Ativismo Judicial tem se mostrado como uma atitude proativa do Poder Judiciário face às omissões e inércia dos outros poderes, garantindo que suas decisões tenham eficácia quanto à efetivação de políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais.

No Brasil, as medidas estruturantes pelo Judiciário vêm ganhando destaque, tanto em litígios em casos de políticas públicas quanto em litígios de interesses privados.

As decisões estruturantes se apresentam como um pressuposto para o controle jurisdicional adequado das políticas públicas, na medida em que se utiliza de mecanismos que não fazem parte da rotina de atuação diária do Poder Judiciário. Pode-se constatar ainda que, há uma ampla participação dos atores processuais, homenageando o contraditório cooperativo e participativo, com a adoção de remédios jurisdicionais com efetiva fiscalização de metas.

Em apertada síntese, as decisões estruturantes apresentam-se como o instrumento mais adequado de controle jurisdicional de políticas públicas nos dias atuais, capaz de propiciar a efetividade das decisões judiciais, possibilitando a implementação de políticas públicas discutidas em juízo.

A tomada de decisões em processos estruturais, envolvem normalmente em decisões difícies em razão da adoção de atos gerenciais pelos juízes que se caracterizam como incomuns. Não é apenas a teoria do direito que é capaz de estabelecer e promover subsídios para a tomada de decisão nestes processos.

Decidir da melhor forma tem-se mostrado um enigma e um desafio aos magistrados, motivo pelo qual em diversos ramos do conhecimento, inúmeras são as teorias a respeito do processo decisório. A união de todos os estudos, contribuições e soluções tem sido de grande valia para a compreensão do processo decisório.

Ademais, é preciso que no Brasil se desenvolva uma cultura de julgamento capaz de primar para a efetividade da tutela, com pleno reconhecimento de que se faz necessário uma mudança do conceito de jurisdição. Ainda, devendo ser ponderadas as limitações orçamentárias e os recursos destinados as políticas públicas.

Há de ser útil também a aplicação da Teoria da Racionalidade Limitada, pois muito embora o magistrado decida com base em fatos, ou seja, argumentos racionais, e fundamente sua decisão de modo juridicamente aceitável, embasado em normas, essa decisão não se limita à racionalidade e ao Direito. Por trás desta cortina há outros fatores que o levaram a tomada de decisão, ou seja, fatores psicológicos, econômicos e políticos, heurísticas, vieses, entre outros, que sobremaneira influenciam o processo decisório, que muitas vezes são imperceptíveis ao juiz e aos jurisdicionados e demais observadores, e que nem por isso contaminam quanto à sua existência, validade e eficácia da decisão judicial.

Não existe uma fórmula infalível para a resposta certa. O processo decisório não é certo e determinado, não é um cálculo aritmético que gera uma única resposta.

O processo decisório é substancialmente permeado por subjetividade, havendo múltiplas decisões possíveis, dependente da forma como se decide e dos fatores que influenciam a decisão.

O objetivo do Poder Judiciário quanto a utilização das decisões estruturantes como ferramenta técnica de decisão é imbuída de ir de encontro com o Estado, para que possa minimizar os inúmeros casos de desrespeito, omissões quanto aos direitos sociais, garantindo a efetivação de valores que são tão relevantes e caros para a sociedade e que diariamente são desrespeitados pelo poder público.

O processo estrutural traz uma nova visão e repaginação do processo civil tradicional, possibilitando que a relação processual se desenvolva de maneira multifacetária, plural, permitindo a superação da dicotomia latente ente os polos processuais, que por sua omissão, ou seja, que não possibilitam a efetivação de normas reguladoras que efetivem a concretização das políticas públicas discutidas em juízo.

Evidencia-se no panorama jurídico brasileiro nos dias de hoje, constantes violações a direitos sociais, associadas a reiteradas decisões do Poder Executivo e Legislativo, que vêm descumprindo direitos fundamentais ou deixam que criar normas que regulem especialmente direitos sociais.

Por derradeiro, o Poder Judiciário diante desse cenário, excepcionalmente, vem servir de palco para implementação de políticas públicas, democraticamente e essencialmente, a adoção de um novo tangenciamento interpretativo que vise a solucionar os conflitos judiciais que envolvam políticas públicas, construindo assim, um modelo participativo e resolutivo, visando uma atuação preventiva a fatos lesivos, corrigindo seus efeitos lesivos, resultando em uma construção conjunta com os demais poderes de soluções adequadas juridicamente.

Outrossim, as decisões estruturantes visam garantir à proteção dos direitos fundamentais, implicando no estabelecimento de um mandamento aos agentes estatais, por meio de um contraditório participativo, buscando uma radical mudança de comportamento da burocracia estatal na promoção de políticas públicas.

Destarte, o processo estrutural torna-se um instrumento importantíssimo para a implementação e efetivação de políticas públicas, hoje, desmerecidas, em segundo plano por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, na medida em que a jurisdição estrutural, abrindo o diálogo entre os atores processuais e da flexibilização voluntária do procedimento por meio de realização dos negócios processuais, audiências públicas e audiências de conciliação e mediação consegue estabelecer um plano de metas a serem implementadas progressivamente

ao longo prazo, o que permite a implementação de uma política pública inexistente ou a correção de uma política pública que vem se mostrando ineficiente.

É, portanto, nesta esteira, possível concluir que as decisões estruturantes surgem com o intuito de enfrentar a burocracia estatal revelando-se como uma técnica de decisão juridicamente adequada para a implementação de forma efetiva das políticas públicas.

O processo estrutural tem demonstrado que é o melhor caminho, proporciona um processo mais interativo, transparente, funcional, com participação ampliada, é prospectivo e gradativo. Para que se torne realidade no âmbito jurídico nacional, é preciso uma mudança radical de postura de todos os protagonistas envolvidos e uma nova significação de conceitos, como o contraditório, da participação de todos os envolvidos, uma maior ampliação dos princípios da separação dos poderes, da congruência e da demanda, da estabilização da demanda, da causa de pedir e pedido, da coisa julgada, das fases de conhecimento e execução, dos prazos e meios de prova.

De sorte que, diante dos interesses abrangidos e da variedade de fatos, devem ser vistos mediante um processo flexibilizado, que permita trazer a realidade em concreto para dentro do processo, a fim de se prolatar decisões estruturantes mais justas.

Embora se saiba que sua implementação está permeada de dificuldades e perigos, onde com certeza se esbarra na intromissão em estruturas burocráticas. Neste compasso, não enfrentá-las e seguir por um caminho mais fácil, é deveras, irresponsabilidade. Mesmo sabendo que, a solução dada pelas decisões estruturantes não tenha o condão de resolver definitivamente as omissões legislativas e inércia do executivo.

Por derradeiro, o Processo Estrutural é uma via apta à efetivação de políticas públicas na garantia da concretização dos direitos fundamentais.

Coloca o Poder Judiciário no topo do debate de direitos fundamentais em litígios estruturais.

O Processo Estrutural torna-se instrumento adequado aos jurisdicionados, que buscam a tutela jurisdicional, portanto, seu objetivo é proferir decisões para demandas com características múltiplas e complexas.

Neste esteio, faz-se necessário uma postura ativa dos magistrados, reunindo mecanismos capazes de organizar o processo e determinar medidas estruturantes que se fizerem necessárias para o deslinde dos litígios, fomentando um ambiente dentro da demanda judicial com o viés democrático.

Nas situações de flagrantes inconstitucionalidades e violações a direitos fundamentais e sociais, é que as decisões estruturantes se comportam como verdadeiros instrumentos capazes de superar e dirimir situações que demonstrem ofensa direta à Constituição.

Evidencia-se que os processos estruturais se disciplinam como meio de se obter decisões construídas de maneira plural e dialogada, dando prioridade a um papel protagonista do magistrado, homenageando a participação maciça dos entes envolvidos no conflito em que se está pontuando, tornando eficaz a aproximação entre as partes, o ciclo de decisões encadeadas, entre outros pontos, em busca de igualdade formal entre as partes.

Em síntese, aprofundou-se numa visão geral dessas demandas, concluindo-se que os litígios estruturais que diuturnamente se apresentam ao Judiciário têm por finalidade a correção de falhas estruturais que assolam toda a sociedade, face às omissões estatais, que culminam na violação de direitos fundamentais e sociais, previstos no ordenamento jurídico pátrio, preponderantemente na Constituição Federal), equilíbrio da separação dos poderes através dos processos estruturais.

Cabe aos operadores do direito, buscar mecanismos de estudo sobre o tema, a fim de potencializar e aperfeiçoar esse instrumento, garantindo a concretização dos direitos fundamentais e salvaguardando as premissas constitucionais, diante de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AHUALLI, Tânia Mara et al. Ativismo Judicial e sujeitos coletivos: a ação das associações de magistrados. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ALEXY apud DUARTE. Hugo Garcez. *Os princípios e as regras em Dworkin e Alex.* Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/os-principios-e-as-regras-em-dworkin-e-alexy/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista 2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart% 2001.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2020.

De	ecisões estruturais no direito processual civil brasileiro. <i>Revista de Process</i> 9.	so, v. 225,
Pe	rfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003.	

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito Constitucional*, São Paulo, v. 01, n° 7, jan./jun. 2006.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003 Acesso em: 29 abr. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. <i>Revista Consultor Jurídico</i> , dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica . Acesso em: 18 jun. 2020.
<i>Ativismo judicial</i> : aspectos históricos e conceituais. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-nistoricos-e-conceituais. Acesso em: 19 abr. 2020.
<i>Judicialização</i> , <i>Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática</i> . Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf . Acesso em: 24 abr. 2020.
<i>Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.</i> Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm . Acesso em: 25 abr. 2020.
<i>O direito constitucional e a efetividade de suas normas:</i> limites e possibilidades da constituição brasileira. Imprenta: Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
. STF exerce papéis contramajoritário e representativo. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/stf-exerce-papeis-contramajoritario-representativo-afirma-barroso . Acesso em: 30 abr. 2020.
Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. <i>Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil</i> . Ano 23, n° 82, p. 123, 4° trimestre, 2005.
<i>Direito Constitucional e Eleitoral. Ação Direta de Inconstitucionalidade</i> . Resolução nº 22.610/2007 do TSE. Inaplicabilidade da regra da perda do mandato por infidelidade partidária ao Sistema Eleitoral Majoritário. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia NoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.
<i>Da falta de efetividade à judicialização excessiva</i> : Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Rio de Janeiro: UERJ. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf > Acesso em 02 ago. 2020.
BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. <i>Direito Constitucional</i> . Tomo II - Direito Constitucional Positivo. 5 ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

BICKEL, Alexander M. A Ética do Consentimento. Rio de Janeiro: Agir, 1978.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la constitución*. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 29 abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

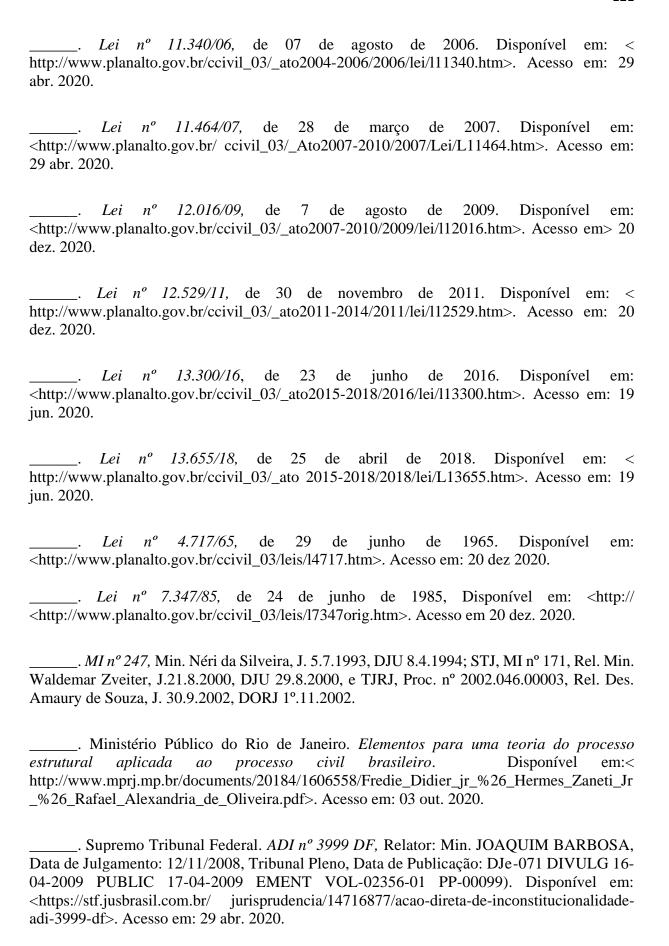
BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, Editora Saraiva, 2000.

BRASIL. *ADPF nº 54*, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/04/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-01 PP-00021. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738666/questao-de-ordem-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df>. Acesso em: 29 abr. 2020.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html Acesso em: 19 jun. 2020.
<i>Código de Processo Civil</i> . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046 . Acesso em 29 abr. 2020.
<i>Código Penal</i> . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 29 abr. 2020.
Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 29 abr. 2020.
<i>Lei nº 12.063</i> , de 27 de outubro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm Acesso em: 19 jun. 2020.
<i>Lei da Ação Civil Pública</i> . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm . Acesso em: 29 abr. 2020.
Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm . Acesso em: 19

jun. 2020.



Supremo Tribunal Federal. <i>AI 452312 / RS</i> . Relator: Min. Celso De Mello. Acórdão Eletrônico DJe PP-00019. Julgamento 31 de Maio de 2004. Publicação 23/06/2004. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14799576/agravo-de-instrumento-ai-452312-rs-stf. . Acesso em: 01 out 2020.
Supremo Tribunal Federal. <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 54/DF</i> . Relator: Min. MARCO AURÉLIO: J.12/04/2012. DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false . Acesso em: 29 abr. 2020.
Supremo Tribunal Federal. <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/MC</i> — Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões monocráticas, 29 abril 2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp >. Acesso em: 10 mai. 2017.
BUCCI, Maria Dallari. <i>Direito Administrativo e Políticas Públicas</i> . São Paulo. Saraiva, 2002.
<i>O Conceito de Políticas Públicas em Direito</i> . Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo. Saraiva, 2006.
CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Ativismo Judicial em Rui Barbosa. <i>Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis</i> , v. 1, p. 59-75, 1999.
CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. <i>A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana</i> . Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf/ . Acesso em: 27 abr. 2020.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. <i>Constituição dirigente e vinculação do legislador:</i> contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra, PT: Coimbra, 2001.
Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
CAPITALRESEARCH. <i>Keynesianismo</i> : o que diz essa teoria econômica? Disponível em: https://www.capitalresearch.com.br/blog/investimentos/keynesianismo/ . Acesso em: 28 abr. 2020.
CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. <i>Ações Coletivas no direito comparado e nacional</i> . São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, 1976.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; TAVARES, André Ramos. <i>E não é pra cumprir a Constituição</i> ? Migalhas, 2009. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI84133,21048-E+nao+e+para+cumprir+a+Constituicao . Acesso em: 20 jun. 2020.
COLLUCCI, Cláudia. Doentes graves ganham na Justiça, mas remédios caros travam no SUS. <i>Folha de São Paulo: Cotidiano</i> , 16 jul. 2017. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1901633-doentes-graves-ganham-na-justica-mas-remedios-caros-travam-no-sus.shtml). Acesso em: 03 out 2020.
CONJUR. <i>Lei Maria da Penha é aplicada para proteger homem</i> . Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-out-30/lei_maria_da_penha_aplicada_proteger_homem . Acesso em: 30 abr. 2020.
<i>Sentencia SU-559</i> , de 6/11/1997. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural. Acesso em: 02 set. 2020.
COUCEIRO. Julio Cezar da Silveira. <i>Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite</i> . Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/ . Acesso em: 29 abr. 2020.
DALLARI, Dalmo de Abreu. <i>Elementos de Teoria Geral do Estado</i> . São Paulo: Saraiva, 2012.
O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. <i>A constitucionalização do direito administrativo</i> . XX Semana Jurídica do Curso e Direito UFSC. Auditório do Fórum Norte de Ilha. Florianópolis, 24 de outubro de 2016.
DIAS, Lucas Albuquerque. Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais. In: <i>Conteúdo Jurídico</i> , Brasília-DF. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47213/ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais. Acesso em: 28 abr. 2020.
DIAS, Norton Maldonado. NUNES, Karen Adriane Rosa. Mandado de Injunção e a Síndrome

Constitucionais.

Disponível

das

Normas

 $< http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.25_n.1.07.pdf>. Acesso$

de

Inefetividade

em: 20 mai. 2020.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*. [S.I.], v. 8, n. 1, p. 48/49, jan/abr. 2017. Disponível em < http://www.civilprocedurereview.com> Acesso em: 20 jun. 2020.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno:* novas perspectivas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/diario-classe-nascimento-constitucionalismo-papel-judiciario. Acesso em: 27 abr. 2020.

DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado Contemporâneo. In: *Revista Sequência. Florianópolis*, v. 16, n. 31, p. 92-101 Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index. php/sequencia/article/view/15778. Acesso em: 28 de abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DUARTE. Hugo Garcez. *Os princípios e as regras em Dworkin e Alex*. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/os-principios-e-as-regras-em-dworkin-e-alexy/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 213-246, 2018. Disponível em: https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218. Acesso em: 26 mai. 2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direito. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

FERRAJJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In Carbonell, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo, Saraiva, 2011.

Sao Paulo, Saraiva, 2011.
O Poder Judiciário na Constituição de 1988 — Judicialização da política e politização da Justiça. <i>Revista de Direito Administrativo</i> , n. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.
Curso de Direito Constitucional. 33. ed. ver. e at. São Paulo: Saraiva, 2007.
FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). <i>Teoria do processo</i> : panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.
. The forms of justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 15, 1979.

FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: MESSUTI, Ana e ARRUBLA, Sampedro [Org.]. *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001, p. 99.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navegandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/12921. Acesso em: 20 abr. 2020.

GREJANIN, Anderson Cleber Aleixo. *Ativismo Judicial e Judicialização dos Direitos Sociais*. Disponível em:< https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47860/ativismojudicial-e-judicializacao-dos-direitos-sociais>. Acesso em: 28 abr. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional. *Consultor Jurídico*, 23 fev. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional-. Acesso em: 20 jun. 2020.

GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial*: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano – São Paulo: Almedina, 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HAGE, Jorge. A realização da constituição, a eficácia das normas constitucionais e o mandado de injunção. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Ano 5, nº 9, p. 111-142, 1997.

HAMILTON, Alexander et al. O federalista. Belo Horizonte: Líder, 2003.

_____. *Judicialização*, *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388/. Acesso em: 20 abr. 2020.

HORONGOZO, Gilliard Mariano. Marbury vs madison: controle de constitucionalidade. *Jus.com.br*, nov. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/53607/marbury-vs-madison-controle-de-constitucionalidade#:~:text=O%20caso%20Marbury%20versus%20 Madison,princ%C3%ADpio%20da%20supremacia%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o >. Acesso em: 27 abr. 2020.

IVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde:* regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:* os descaminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LASSALE, Ferdinad. O que é Constituição. São Paulo: Pillares, 2015.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez?*: O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEÃO, Walter da Silva Jorge. *Cartilha Judicialização de Medicamentos:* Apoio técnico-farmacêutico para a diminuição e/ou qualificação das demandas. Disponível em: http://www.cff.org.br/userfiles/CARTILHA% 20JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20%20FINAL.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho. *O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde.* Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-inimo-existencial-e-o-direito-a-saude>> Acesso em: 05 out 2020.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tradução Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOPES, Rénan Kfuri. *Processo Estrutural como instrumento adequado para a tutela de direitos fundamentais e a necessidade de ressignificação do processo civil.* Disponível em: < https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LÓPEZ, Gerusa; CASTRO, Silva. O processo coletivo e o ativismo judicial sob a ótica do neoprocessualismo: instrumentos a favor da concretização dos direitos fundamentais. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 17, n. 128, set. 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_leitura&artigo_id=15188&revista_caderno=21 Acesso em: 20 jun. 2020.

MACIEL, Marcela Albuquerque. *O Mandado de Injunção*: Origens e trajetória constituinte. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-mandado-de-injuncao-origens-e-trajetoria-constituinte/. Acesso em: 20 mai. 2020.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. 2011. 331 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

______. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Discurso proferido no 14° Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Européias, realizado em Vilnius, capital da Lituânia, de 2 a 6 de junho de 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MENEGAT, Fernando. *A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública.* Disponível em: <ireitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administração-publica>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JUNIOR, N. Constituição Federal Comentada. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NOVELINO. Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. ampl. e atual . Salvador: Juspodivm, 2016.

Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2008.
OSNA, Gustavo. <i>Direitos Individuais Homogêneos:</i> Pressupostos, Fundamento e Aplicação no Processo Civil. São Paulo: RT, 2014.
Interpretação conforme e constitucional avoidance: Aproximações iniciais. In: <i>Revista Brasileira de Estudos Constitucionais</i> , n° 32. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
Nem "Tudo", Nem "Nada: Decisões Estruturais e Efeitos Jurisdicionais Complexos". In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix. (Org.). <i>Processos Estruturais</i> . 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.
Processos Estruturais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial contra omissões judiciais legislativas*: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. *Conceito Histórico da Separação dos Poderes*. Disponível em: https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes. Acesso em: 29 abr. 2020.

POLETTI apud MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. reform., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, v. 21, nº II, p. 339.

RABELO, Marina Vieira. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção:* efetividade das normas constitucionais. Disponível em: http:duardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156726308/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-e-mandado-de-injuncao-efetividade-das-normas-constitucionais>. Acesso em: 20 mai. 2020.

RAGUENET, Pedro Freire. Ativismo Judicial: o mito e a realidade. Rio de Janeiro: TJRJ, 2011.

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

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *Teorias da separação dos poderes*: breve reflexão sobre a evolução do princípio, do poder do Estado. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/teorias-da-separacao-dos-poderes/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

em

ROCHA, Eduardo Braga. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. _. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. . O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In QUARESMA, Regina OLIVEIRA; Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. SCHMITT, CARL. Teoría de la Constitución. Madrid: Revista de Drecho Privado, 1932. SENADO FEDERAL. Código Civil e normas correlatas. 11. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. SILVA, Diogo Bacha. Os contornos do Ativismo Judicial no Brasil. O fetiche do Judiciário Brasileiro controle dos demais poderes. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril v50_n199_p163.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. STRECK, Lênio Luiz et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Mundo jurídico. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1300.pdf. Acesso em: 19 abr. 2020. . Aplicar A "Letra da Lei" É Uma Atitude Positivista? Revista Novos Estudos Jurídicos, 15, 169/170, jan./abr. 2010. Dísponível

STRENGER apud MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. reform., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 18 jul. 2014.

1,

v.

p.

TALLARICO, Rafael; RIBEIRO, Sirlei de Brito. *História da Filosofia Ocidental:* da Pólis Grega ao Estado de Direito Contemporâneo. São Paulo: D'Plácido, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio do Sinos – Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

_____. *Jurisdição e Ativismo Judicial*: Limites da atuação do judiciário. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista direito GV*. v.8 no.1 São Paulo jan./jun. 2012.

TRINDADE, Andre Karam. *Crítica a imprecisão da expressão Neoconstitucionalismo*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-imprecisao-expressao-neoconstitucionalismo. Acesso em: 29 abr. 2020.

VANIN. Carlos Eduardo. *Princípio da separação de poderes na corrente tripartite*. Disponível em: https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/400382901/principio-da-separacao-de-poderes-na-corrente-tripartite. Acesso em: 29 abr. 2020.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil, São Paulo: *Rev. Direito GV.* v.4, n°.2, jul./dez. 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, p. 407-440, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v.4, n. 2, p. 441-464, jul/dez. 2008. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964. Acesso em: 23 mar. 2021.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. *O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito*: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. Belo Horizonte, 2011. 255f. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf> Acesso em: 28 abr. 2020.