

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: DIREITO AMBIENTAL, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

UNIVERSIDADE DE ALICANTE - UA

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO AMBIENTAL Y DE LA SOSTENIBILIDAD

**DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E A SUSTENTABILIDADE: entre a Judicialização
e o Ativismo Judicial**

ORLANDO DA SILVA NETO

Itajaí-SC, outubro de 2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: DIREITO AMBIENTAL, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

UNIVERSIDADE DE ALICANTE - UA

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO AMBIENTAL Y DE LA SOSTENIBILIDAD

**DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E A SUSTENTABILIDADE: entre a Judicialização
e o Ativismo Judicial**

ORLANDO DA SILVA NETO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, e submetido a Universidade de Alicante – UA, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad.

Orientador: Professor Doutor Clovis Demarchi

Coorientador: Professor Doutor Gabriel Real Ferrer

Itajaí-SC, outubro de 2017

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Doutor Clóvis Demarchi, pela infinita disponibilidade e carinhosa orientação.

Ao meu coorientador, professor Doutor Gabriel Real Ferrer.

Ao coordenador do curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, professor Doutor Paulo Márcio Cruz.

Ao professor Doutor German Valencia Martin, figura singular.

À CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), pelo auxílio no desenvolvimento desta pesquisa.

Aos amigos Danielle e Sírio, que muito me ensinaram.

Aos mestres Bruno Tussi e Ricardo Moisés de Almeida Platchek, pela compreensão e incentivo.

À Deus, amigo leal, por tudo!

DEDICATÓRIA

À minha família: Lucilene Luciani da Silva,
Orlando da Silva Júnior e Daniela da Silva, por quem
não consigo mensurar todo o amor que sinto.

À Otília Madalena Schmitt da Silva (*in
memorian*): minha primeira e eterna professora.
Inesquecível Vó Tilinha.

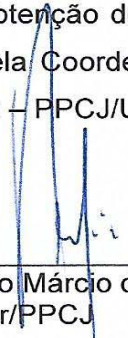
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, outubro de 2017

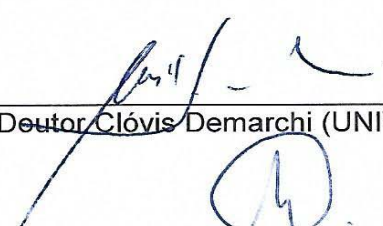
Orlando da Silva Neto
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



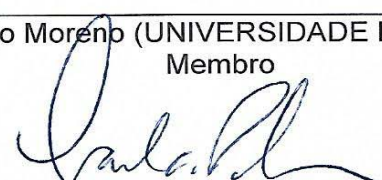
Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Clóvis Demarchi (UNIVALI) – Presidente

Doutor Joaquin Melgarejo Moreno (UNIVERSIDADE DE ALICANTE, ESPANHA) –
Membro



Doutora Carla Piffer (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 05 de outubro de 2017

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo Judicial

“[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.¹

Direitos Fundamentais²

“[...] expressão afeta à proteção interna dos direitos dos cidadãos, ligada aos aspectos ou matizes constitucionais de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas. São direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Judicialização

“[...] recebe um sentido de processo social e político, quando é usada para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda aumento do número de processos nos tribunais”.³

Judicialização da política

“[...] quando tribunais constitucionais revisam a constitucionalidade das leis aprovadas pelo parlamento ou dos atos normativos do executivo, e quando tribunais interferem de algum modo na condução governamental das políticas públicas”.⁴

Políticas públicas

¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116.

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Método, 2014. p. 23.

³ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. n. 57, 2002, p. 113-133. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf> Acesso em: 15 abr. 2017. p. 115

⁴ Veja: BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, Judicialização da política e Democracia. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba. Disponível em: revistas.unibrazil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/download/.../473. Acesso 25 mar. 2017.

“Conjunto de princípios, critérios e linhas de ação que garantem e permitem a gestão do Estado na solução dos problemas nacionais”.⁵

Sustentabilidade

“[...] é compreendida como um princípio sistêmico a orientar as decisões judiciais e a legitimar a atuação criativa do juiz, principalmente se considerada a responsabilidade do homem com as gerações futuras. Assim, a atuação jurisdicional é fundamental para o fomento de ações sustentáveis, conformando a autonomia, de certa forma, às metas de Sustentabilidade”.⁶

⁵ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas, princípios, propósitos e processos**, São Paulo: Atlas, 2012. p. 12

⁶ POLI, Luciana Costa; HAZAN, Bruno Ferraz. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 14, n.14.1, jul/dez. 2013. p. 226.

SUMÁRIO

RESUMO	XI
INTRODUÇÃO	13
Capítulo 1.....	18
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
1.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	26
1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL	32
Capítulo 2.....	38
JUDICIALIZAÇÃO , ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	38
2.1 A FINALIDADE DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	38
2.2 DA JUDICIALIZAÇÃO : CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	42
2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	47
2.4 DO ATIVISMO JUDICIAL	52
2.4.1 Origem e conceito	52
2.4.2 A hermenêutica frente ao Ativismo Judicial.....	58
2.5 ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL	63
Capítulo 3.....	66
DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUSTENTABILIDADE.....	66
3.1 A MODERNIZAÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	66
3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUSTENTABILIDADE	70
3.3 O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	74
3.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	77

3.4.1 Aborto em feto anencéfalo	78
3.4.2 Inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos	80
3.4.3 Passe livre para deficientes no transporte coletivo.....	84
3.4.4 O rito do processo de <i>impeachment</i>	87
3.4.5 Anulação da nomeação de ministros de estado	89
3.4.6 Afastamento da presidência e do mandato do presidente da câmara dos deputados.....	91
3.4.7 Execução da pena após decisão condenatória de 2º grau	93
3.4.8 Vaquejada	94
3.4.9 Lei que autoriza uso da fosfoetanolamina sintética sem testes clínicos e registro na Anvisa.....	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	103

RESUMO

A presente pesquisa está inserida na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade, como resultado das pesquisas realizadas no curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e no curso de *Máster Universitario en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante (Espanha), enquanto produto do convênio de dupla titulação entre esta e aquela Universidade. Tem por objetivo analisar o processo de efetivação dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e, confirmar se o acesso ao Poder Judiciário, visando este reconhecimento de direitos bem como a execução da atividade jurisdicional, enquadra-se como Judicialização ou como Ativismo Judicial. Como objetivos específicos, busca-se caracterizar os Direitos Fundamentais, analisar as ideias que fundamentam o ativismo e demonstrar as diferenças de Judicialização e Ativismo Judicial. Para isso expõe os conceitos, características e a origem histórica dos Direitos Fundamentais, ressaltando sua previsão constitucional. Serão realizadas também ponderações acerca da Judicialização e do Ativismo Judicial, buscando identificar, conceituar e diferenciar ambos os institutos, com destaque para o exame da finalidade do Estado, da Teoria da Separação dos Poderes e da hermenêutica frente ao Ativismo Judicial. Em um terceiro momento será realizado um diagnóstico sobre a efetivação dos Direitos Fundamentais no Brasil, avaliando a modernização dos ordenamentos jurídicos e sua conexão com a Sustentabilidade e o protagonismo do Poder Judiciário na consecução dos Direitos Fundamentais, com destaque para algumas das mais importantes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Na Fase de Investigação e no presente Relatório de Pesquisa, foi utilizado o Método Indutivo. Foram acionadas, além disso, as técnicas do Referente, da Categoria, dos Conceitos Operacionais e da Pesquisa Bibliográfica. Nas considerações finais proporcionar-se-á uma síntese dos aspectos mais importantes de cada item e uma análise da doutrina utilizada, buscando confirmar as hipóteses apresentadas.

Palavras chave: Direitos Fundamentais. Separação de Poderes. Judicialização. Ativismo. Sustentabilidade.

RESUMEN

La presente investigación pertenece a la línea de investigación Derecho Ambiental, Transnacionalidad y Sostenibilidad, y es resultado de las investigaciones realizadas en el curso de Maestría del Programa de Postgrado *Stricto Sensu* en Ciencia Jurídica de la Universidad del Valle del Itajaí y en el curso de *Máster Universitario en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* de la Universidad de Alicante (España), como producto del convenio de doble titulación entre ambas Universidades. El objetivo de este trabajo es analizar el proceso de efectuación de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico brasileño y confirmar si el acceso al Poder Judicial, con la finalidad de este reconocimiento de derechos así como la ejecución de la actividad jurisdiccional, se clasifica como Judicialización o como Activismo Judicial. Como objetivos específicos, se busca caracterizar los Derechos Fundamentales, analizar las ideas que fundamentan el activismo y demostrar las diferencias entre Judicialización y Activismo Judicial. Para ello expone los conceptos, características y el origen histórico de los Derechos Fundamentales, destacando su previsión constitucional. Se realizarán también ponderaciones acerca de la Judicialización y del Activismo Judicial, buscando identificar, conceptualizar y diferenciar ambos institutos, con destaque para el examen de la finalidad del Estado, de la Teoría de la Separación de los Poderes y de la hermenéutica frente al Activismo Judicial. En una tercera etapa se realizará un diagnóstico sobre la efectividad de los Derechos Fundamentales en Brasil, evaluando la modernización de los ordenamientos jurídicos y su conexión con la Sostenibilidad y el protagonismo del Poder Judicial en la consecución de los Derechos Fundamentales, poniendo en destaque algunas de las más importantes decisiones dictadas por el Supremo Tribunal Federal en los últimos años. En la Fase de Investigación y en el presente Informe de Investigación se utilizó el Método Inductivo. Se han accionado, además, las técnicas del Referente, de la Categoría, de los Conceptos Operacionales y de la Investigación Bibliográfica. En las consideraciones finales se proporcionará una síntesis de los aspectos más importantes de cada ítem y un análisis de la doctrina utilizada, buscando confirmar las hipótesis presentadas.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Separación de poderes. Judicialización. Activismo. Sostenibilidad.

INTRODUÇÃO

A expansão das demandas judiciais como instrumentos hábeis a conferir aos cidadãos direitos e garantias fundamentais tem destacado o Poder Judiciário como protagonista.

No Brasil, a partir da Constituição de 1988, a qual intitula o Estado expressamente como “*Estado Democrático de Direito*”, tem-se que a atividade jurídica e a segurança normativa devem operar não só no campo processual, mas também nas políticas sociais.

Neste viés, devido à insuficiência de programas voltados à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário brasileiro percorre uma linha tênue ao exercer a função jurisdicional, se analisados os limites decorrentes de sua atuação, notadamente as prerrogativas dos demais poderes (Legislativo e Executivo).

Assim, ao executar a atividade jurisdicional, o Poder Judiciário se tornou, paulatinamente, o grande protagonista da história brasileira contemporânea, mormente por sua postura proativa na interferência político-social dos demais poderes.

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do Título de Mestre, em dupla titulação, em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e em Direito Ambiental e da Sustentabilidade pelo Curso de *Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* – MADAS, da Universidade de Alicante – Espanha.

Para a obtenção do título de mestre em Dupla Titulação, através de convênio firmado entre as duas instituições, o autor compareceu à universidade, na cidade de Alicante (Espanha) nos meses de abril, maio e junho de 2016, participando e assistindo as disciplinas do referido curso,

classificadas como requisitos acadêmicos obrigatórios, tendo-as concluído, conforme currículo específico.

A presente pesquisa tem por objetivo geral analisar o processo de efetivação dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e, confirmar se o acesso ao Poder Judiciário, visando este reconhecimento de direitos bem como a execução da atividade jurisdicional, enquadra-se como Judicialização ou como Ativismo Judicial.

Ademais, como objetivos específicos, busca-se caracterizar os Direitos Fundamentais, analisar as ideias que fundamentam o ativismo e demonstrar as diferenças de Judicialização e Ativismo Judicial.

Para a elaboração da presente dissertação foram levantados os seguintes problemas⁷:

- ✓ Seriam os Direitos Fundamentais limitações à atuação do Estado, no momento em que determinam em que direção (prestar e/ou fornecer) o Estado deveria caminhar?
- ✓ O Poder Judiciário como protagonista e responsável pela execução da atividade jurisdicional, ao decidir sobre questões de largo alcance social-político, não estaria atuando em esferas que fogem de sua competência originária?
- ✓ As decisões do Poder Judiciário sobre Direitos Fundamentais se enquadraria como Judicialização ou como Ativismo Judicial?

No intuito de obtemperar os problemas propostos foram formuladas as seguintes hipóteses⁸:

⁷ É “a questão pertinente ao Tema objeto da Pesquisa Científica, a ser investigada, equacionada e solucionada pelo Pesquisador, considerada(s) a(s) Hipótese(s) especificada(s)”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p.208.

⁸ Vem a ser a “suposição ou as suposições que o investigador tem quanto ao Tema escolhido e ao equacionamento do problema apresentado”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p.133.

- ✓ Os Direitos Fundamentais são dotados de caráter político-social, voltados a delinear a atuação do Estado para com a sociedade que o integra. Os Direitos Fundamentais - enquanto normas constitucionais - representam verdadeira cartilha de atuação política do Estado. Devem ser materializados com a efetivação de políticas públicas, que não dependam da atuação jurisdicional do Estado para sua concretização.
- ✓ Em meio a uma singela independência funcional, onde os demais poderes se revelam entrelaçados, o Poder Judiciário adentra caminhos que fogem de sua alçada, incorrendo em matérias cuja competência não lhe foi atribuída.
- ✓ O que se percebe, é a existência de uma crescente corrente, voltada a efetivar as garantias fundamentais levadas ao crivo judicial, a qualquer custo. Desatento à limitação de sua atuação e, por vezes, no afã de reanalisar ou preencher eventuais lacunas normativas, o Poder Judiciário incorre em notável ativismo judicial, elevando a interpretação a ponto de se tornar, por vezes, o próprio “legislador” do caso concreto, o que potencializa a usurpação de competência do poder legislativo, único detentor da outorga social para edição de leis.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada e, para melhor abordá-los, a presente monografia foi dividida três capítulos.

O primeiro capítulo expõe os conceitos, características e a origem histórica dos Direitos Fundamentais. Outrossim, apresentar-se-á a análise da origem histórica de tais direitos, ressaltando sua previsão constitucional.

O segundo capítulo traz ponderações acerca da Judicialização e do Ativismo Judicial, buscando identificar, conceituar e diferenciar ambos institutos, sempre com base na doutrina mais conceituada sobre o tema.

Também merece destaque no segundo capítulo, o exame da finalidade do Estado, da Teoria da Separação dos Poderes e da hermenêutica frente ao Ativismo Judicial.

No terceiro capítulo, será realizado um diagnóstico sobre a efetivação dos Direitos Fundamentais no Brasil, avaliando a modernização dos ordenamentos jurídicos e sua conexão com a Sustentabilidade.

Será avaliado neste mesmo capítulo o protagonismo do Poder Judiciário na consecução dos Direitos Fundamentais, com destaque para algumas das mais importantes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

Nas considerações finais a serem apresentadas, proporcionar-se-á uma síntese dos aspectos mais importantes de cada item e uma análise da doutrina utilizada, buscando confirmar as hipóteses apresentadas.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁹ foi utilizado o Método Indutivo¹⁰, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹¹, e, o Relatório da pesquisa expresso na presente dissertação é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹², da Categoria¹³, do Conceito Operacional¹⁴ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁵.

⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 83.

¹⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 86.

¹¹ LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

¹² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 54.

¹³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 25.

¹⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 37.

¹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 209.

Destaca-se que no decorrer do trabalho constam alguns trechos em língua estrangeira, que mantiveram sua redação original no corpo do texto, acompanhados de tradução livre do autor em nota de rodapé.

Por fim, enfatiza-se que, encontram-se presentes citações indiretas, bem como citações diretas, cujos autores encontram-se devidamente identificados também nas notas de rodapé.

Capítulo 1

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Hodiernamente sempre há alguém que acha que seu direito é sempre fundamental. Mas o que são os Direitos Fundamentais? Quais as características determinantes para considerar um direito fundamental e diferenciá-lo dos outros tipos de direitos?

Os Direitos Fundamentais possuem diversas terminologias, até mesmo na Constituição, vez que aborda o tema utilizando expressões como direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Entende Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶ que o ideal seria utilizar-se a expressão “Direitos Fundamentais”, visto que, apesar das diversas outras terminologias e do fato de as expressões “direitos humanos” e “Direitos Fundamentais” serem as mais utilizadas, esta última é a que mais se aperfeiçoa a aceção de tais direitos na Constituição.

Mesmo porque, há de se levar em consideração que não se busca a análise do significado específico ou mesmo dos termos comumente utilizados e sim, estabelecer um conceito genérico, porém, constitucionalmente adequado capaz de abranger as diferentes espécies de direito.

Nesse sentido, é possível afirmar que torna-se importante diferenciar direitos humanos de Direitos Fundamentais, visto comumente utilizar-se tais expressões como sinônimos. Os primeiros seriam os direitos positivados

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 249.

na esfera do direito internacional, e os últimos, os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁷ destaca que direitos humanos representam expressão diretamente afeta ao direito internacional público, utilizada, comumente, para referir-se também à proteção da ordem jurídica interna (especialmente a Constituição) atribuí àqueles que se sujeitam à jurisdição de um determinado Estado.

Direitos Fundamentais, no entender de Valério Mazzuoli¹⁸, ponto de vista adotado pelo presente estudo, representam, manifestação ligada à proteção interna dos direitos dos cidadãos, atrelada à apresentação aos aspectos ou matizes constitucionais de proteção, que estejam positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas. São direitos assegurados e restritos ao tempo e espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Sobre os Direitos Fundamentais, ressalta George Marmelstein¹⁹:

- a) possuem aplicação imediata, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição de 88, e, portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis;
- b) são cláusulas pétreas, por força do art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição de 88, e, por isso, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emenda constitucional;
- c) possuem hierarquia constitucional, de modo que, se determinada lei dificultar ou impedir, de modo desproporcional, a efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.

É sempre bom ressaltar que ambas terminologias, Direitos Fundamentais e direitos humanos originam uma série de prerrogativas inerentes a todo e qualquer indivíduo. De acordo com as diversas teorias analisadas, o rol de

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. p. 21.

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. p. 23.

¹⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

direitos faz parte da própria natureza humana, ou seja, ninguém deveria ter necessidade de lutar por eles²⁰.

Acrescenta José Afonso da Silva²¹:

[...] Direitos Fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

É notória a ideia de que a proteção jurídica dos direitos das pessoas pode derivar da ordem interna (estatal) ou da ordem internacional (sociedade internacional). Quando é a primeira que resguarda os direitos de um cidadão, esta representa a proteção de um direito fundamental da pessoa; quando é a segunda que protege esse mesmo direito, configura-se a proteção de um direito humano.²²

Utilizando-se uma abordagem jusnaturalista, é possível afirmar que os direitos humanos, incluindo-se aí os Direitos Fundamentais, são aqueles direitos e liberdades que as pessoas detêm pelo simples fato de serem humanos e possuem caráter essencial para garantir a existência do indivíduo.

Otfried Höffe²³ diferencia direitos humanos e Direitos Fundamentais, pelo sentido de que os direitos humanos antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo e Direitos Fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integram uma espécie de moral jurídica universal. Entende que os direitos humanos referem-se ao ser humano pelo fato de ser pessoa

²⁰ ARAUJO, José Salvador Pereira. **Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade**. Revista Direito Ambiental e Sociedade. Caxias do Sul, v. 3, n° 01, 2013, p. 291. Disponível em: "<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/3627/2077>". Acesso em: 30 ago. 2017.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 178.

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. p. 21.

²³ HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 168-169

humana, ao passo que os Direitos Fundamentais, positivados nas Constituições concernem à toda população, como membros de um ente público concreto.

Conforme se observa em Gregório Peces-Barba Martinez²⁴ os Direitos Fundamentais não seriam justificados ou fundamentados moralmente, mas que seriam “uma força sem moral” pelo fato de serem fundamentais não haveria a necessidade de uma justificação.

De acordo com Perez Luño²⁵ a maneira mais apropriada de diferenciar as expressões “direitos humanos” e “Direitos Fundamentais” é substancialmente normativa e positiva:

El termino 'derechos humanos' aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los 'derechos fundamentales'. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte dos casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.

Ainda sobre o tema Perez Luño²⁶ destaca que “Los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de

²⁴ PECES-BARBA, Gregório. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. 8 ed. Madrid: Dykinson, 2005. p. 104-105.

²⁵ “O termo direitos humanos aparece como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção dos Direitos Fundamentais. Os direitos humanos podem ser compreendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. Tanto que com a noção de Direitos Fundamentais tende aludir a aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normatividade constitucional, e gozam de uma tutela reforçada”. (Tradução Livre) PÉREZ LUÑO, A. E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004. p. 46.

²⁶ “Os Direitos Fundamentais aparecem, portanto, como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais de um Estado de direito, processo que teria seu ponto intermediário de conexão em direitos humanos” (Tradução Livre). PÉREZ LUÑO, A. E. **Los derechos fundamentales**. p. 43-44.

positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del estado de derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos”.

Pode-se afirmar então, que os Direitos Fundamentais possuem um intenso teor ético, constituindo-se em verdadeiros alicerces para uma vida em sociedade, sempre ligados à dignidade da pessoa humana, porém, tais direitos também possuem um conteúdo normativo.

Neste contexto de criação de conteúdo normativa estariam, conforme Gregório Peces-Barba Martinez²⁷ os processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação. A positivação seria a “passagem da discussão filosófica ao Direito positivo”, a generalização seria o “reconhecimento e proteção dos direitos de todos e para todos”, a internacionalização seria “viabilizar que estejam acima das fronteiras e abarque toda a Comunidade Internacional” e finalmente a especificação que seria a “aplicação à situação concreta para atribuir direitos”.

Os Direitos Fundamentais ao serem definidos de acordo com a uma abordagem positivista, que os define através da sua inclusão em um texto constitucional, determina que tais direitos são o resultado de um processo de constitucionalização.

Canotilho²⁸ faz referência a este processo como “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador originário”.

Na mesma linha de raciocínio afirma José Joaquim Gomes Canotilho²⁹:

²⁷ PECES-BARBA, Gregório. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. p. 146-198.

²⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378.

²⁹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541.

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente Direitos Fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Os Direitos Fundamentais podem ser avaliados como categoria jurídica instituída com o desígnio de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza diversificada, buscando blindar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, económicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).³⁰

Os Direitos Fundamentais, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet³¹, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, associados aos princípios estruturais e organizacionais, representam a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa.

Tais assertivas revelam que, mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias certas dependências de cunho material para fazer frente às ameaças da ditadura e do totalitarismo.³²

Valério Mazzuoli³³ esclarece que os Direitos Fundamentais, referem-se àqueles constitucionalmente previstos e, encontram-se inseridos em uma categoria mais ampla que são os direitos humanos, previstos nas normas internacionais de proteção da pessoa humana.

³⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na constituição federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na constituição federal de 1988**. p. 70.

³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. p. 24-25.

Os Direitos Fundamentais apresentam diversas características, entre elas a Historicidade e, assevera que os direitos são construídos ao longo do tempo, desenvolvendo-se no tempo e no espaço, cada qual ao seu tempo e, em razão disso poderão deixar de existir no exato momento em que ocorrer sua positivação.³⁴

A inalienabilidade é a característica que avalia os Direitos Fundamentais como indisponíveis, sem possibilidade de transferência, seja a título gratuito ou oneroso, não podendo ser entendida como absoluta, já que alguns direitos podem ser disponibilizados de maneira diversa daquela convencionada.

Sobre as características Alexandre de Moraes³⁵, destaca que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de “não-ingerência” do Estado na esfera individual, sendo reconhecidos pela maioria dos Estados, seja a nível constitucional e infraconstitucional.

Ressalta ainda que, além daquelas características mencionadas anteriormente, os direitos humanos fundamentais possuem outras, no seu entender, igualmente importantes:

Inviolabilidade, impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas;

Efetividade, a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetividade dos direitos;

Interdependência, apesar de autônomas, as previsões constitucionais dos Direitos Fundamentais se conectam visando um fim único;

Complementaridade, já que os direitos não podem ser interpretados isoladamente.³⁶

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 181.

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 23.

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. p. 23.

Com base em tais assertivas, e como se trata de um direito em constante transformação, importante repisar que os Direitos Fundamentais se relacionam diretamente com a garantia de não intervenção do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, porém, não podem ser confundidos com direitos humanos, aqueles previstos nos costumes e que já ultrapassaram as fronteiras estatais, ascendendo ao plano de proteção internacional.³⁷

Constitucionalmente analisados, os direitos e garantias fundamentais aparecem duplamente caracterizados. De um lado representam pontos de liberdade garantidas especificamente no texto constitucional, ou seja, com “força normativa” maior que aqueles direitos previsto em normas infraconstitucionais. De outro lado, porque o reconhecimento de tais direitos “inspiram a organização da comunidade política e justificam a existência de uma Constituição”.³⁸

Na mesma acepção, os Direitos Fundamentais não só asseguram situações particulares como servem de alicerce para a estrutura política constitucional de um Estado, assumindo além da finalidade individual, uma finalidade coletiva.³⁹

Verifica-se que a importância dos Direitos Fundamentais não consegue ser expressa em apenas um conceito. As várias ideias devem coexistir para a formação de uma consciência social de plena eficácia de tais direitos, porém, torna-se necessária tal abordagem constitucional em razão do tema central do presente estudo, que destaca sua sujeição ao controle de constitucionalidade e sua relação com o sistema jurídico conforme sua hierarquia e importância, não representando relevâncias considerações de caráter material e formal de tais direitos.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** p. 23.

³⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2002. p. 136.

³⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** p. 136.

Para a análise jurídica dos Direitos Fundamentais, é necessário o recurso a fontes doutrinárias que apontam problemas, resolvem casos difíceis e apresentam de forma sistemática e crítica as soluções dadas em nível de prática jurídica.⁴⁰

Outra fonte muito relevante de estudo dos Direitos Fundamentais é a jurisprudência, incluindo precipuamente a comparada, que, devendo avaliar a legalidade e a constitucionalidade de diversas medidas, examina questões relativas aos limites dos Direitos Fundamentais.⁴¹

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm, com efeito, a tarefa de elaborar regras metodológicas que sejam ao mesmo tempo claras, rígidas e rigorosas, permitindo alcançar o consenso necessário para a tutela da segurança jurídica nessa área de relevância incontestável.

1.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Não se pode conceber com profundidade determinado tema sem apresentar suas raízes históricas. No âmbito dos Direitos Fundamentais, tal empreitada é ainda mais imperativa, pois em torno de sua origem e desenvolvimento, existiam ideias intrinsecamente ligadas aos direitos naturais.

A doutrina dos Direitos Fundamentais atualmente utilizada decorre de uma série de modificações e modernizações das instituições políticas e concepções jurídicas.

Tais evoluções e, principalmente, a influência das mazelas sociais, colaboraram para a modernização dos antigos conceitos, principalmente dos Direitos Fundamentais.

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 08.

⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. p. 09.

Alexandre de Moraes⁴² destaca que os Direitos Fundamentais, na visão atualmente conhecida, tiveram sua origem, na fusão de várias fontes, desde tradições enraizadas nas diversas culturas, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural, todas com um ponto em comum, a necessidade de limitações e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno.

Ingo Sarlet⁴³ esclarece sobre a origem dos Direitos Fundamentais:

[...] a história dos Direitos Fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais do homem.

Norberto Bobbio⁴⁴ ensina com propriedade que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para ele, o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização, não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

José Afonso da Silva⁴⁵ esclarece que os Direitos Fundamentais não representam a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado e sim, uma barreira imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem.

⁴² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. p. 01.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 38.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5-19.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 180.

No entender de Valério de Oliveira Mazzuoli⁴⁶ os direitos humanos, nos quais os Direitos Fundamentais se inserem, “se vão construindo com o decorrer do tempo. Foi tão somente a partir de 1945 – com o fim da Segunda Guerra e com o nascimento da Organização das Nações Unidas – que os direitos humanos começaram a, efetivamente, desenvolver-se no plano internacional [...]”

Nesse sentido Luis Roberto Barroso⁴⁷ analisa que antes de 1945, prevalecia, na maior parte da Europa, um modelo de supremacia do Poder Legislativo, à exemplo da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei, como demonstração da vontade geral. Porém, desde o final da década de 40, com a série de países que passaram a adotar o constitucionalismo, surgiu um novo exemplo, inspirado pela experiência americana, o da supremacia da Constituição. Tal experiência previa a constitucionalização dos Direitos Fundamentais, imunizados em relação ao processo político e resguardados pelo Poder Judiciário.

A respeito da origem dos direitos humanos fundamentais Alexandre de Moraes⁴⁸ discorre que

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos de proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

Durante a Idade Média, mesmo com as organizações feudais rígidas de separação de classes, existiam diversos documentos jurídicos que reconheciam a existência de direitos humanos, sempre coma mesma

⁴⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. p. 27

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. n 9. Bahia. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. p. 06

premissa, a limitação do poder estatal, mas o forte desenvolvimento das declarações de direitos só ocorreu a partir do quarto do século XVII até meados do Século XX.⁴⁹

O caminho para a compreensão do surgimento dessa concepção atual de Direitos Fundamentais inicia no século XVI e XVII, com dois grandes filósofos, Hobbes e Maquiavel que, resumidamente, sugeriam um Estado forte e absoluto, sem limites, onde o soberano poderia cometer todo tipo de barbárie para se manter no poder sem que as leis existentes representassem qualquer empecilho para tal conquista.⁵⁰

Foi justamente a ideia de reação a tais pensamentos que originou as primeiras normas limitadoras que, além da função de blindar a sociedade de eventuais arbitrariedades cometidas pelo Estado, representavam ainda um conjunto de medidas éticas, ligadas ao bem comum.

Outro grande filósofo, John Locke, talvez, o mais importante protagonista da insurgência contra o poder absoluto e, baseada em suas ideias foi elaborada a teoria da separação dos poderes, analisada mais especificamente no próximo capítulo.

Nesse sentido George Marmelstein⁵¹ destaca as palavras de Locke:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela.

⁴⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. p. 07

⁵⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 32-33.

⁵¹ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 34.

A concepção dos Direitos Fundamentais surge no mesmo momento em que se delineava o Estado democrático de direito, que possibilitava a participação popular e desenvolvia instrumentos de controle e limitação do poder estatal.

Os Direitos Fundamentais são a base para a liberdade nas Constituições e com eles, o constitucionalismo do século XX alcançou conseguiu sua atuação mais consistente e mais particular.⁵²

A ideia dos Direitos Fundamentais, na doutrina como direitos positivos de matriz constitucional, ou seja, específico para cada Estado, institucionalizou-se ao longo do tempo e resultou na ordenação dos Direitos Fundamentais de forma concreta, cumulativa e quantitativa em gerações e dentro dos parâmetros da liberdade, igualdade e fraternidade, slogan da Revolução Francesa do século XVIII.

De forma consecutiva, vários países, de forma mais diversificada, através de ordenações, atos e cartas, garantiram o início da proteção aos Direitos Fundamentais. Entre estas se destacam a Petition of Rights (1628), Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688); nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e a Declaração de Independência (1776), a Constituição dos Estados Unidos (1789) com Emendas à Constituição aprovadas em 1791, que perfazem a carta de Direitos Fundamentais do povo americano; da França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789); no México, a Constituição de 1917; na Alemanha, a Constituição de Weimar.⁵³

Porém, é possível assegurar que o mais importante antecedente histórico das declarações dos direitos humanos fundamentais é a

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 151-170.

Magna Charta Libertatum, da Inglaterra, assinada pelo rei com a condição da cessação dos protestos dos nobres contra os abusos na cobrança de impostos.⁵⁴

A Magna Carta possuiu grande relevância no processo histórico dos Direitos Fundamentais, vez que representou o primeiro documento a reconhecer formalmente os direitos do homem.

Nelson Firmino⁵⁵ analisando a relevância da Magna Carta, destaca que embora não seja possível afirmar que suas normas se constituíram numa afirmação de caráter universal, tal diploma representou o antecedente direto mais longínquo, das Declarações de Direitos, cuja consagração como Direitos Fundamentais, ainda levou alguns séculos para se efetivar.

A legitimação pela Assembleia Geral da ONU, da Declaração Universal de Direitos Humanos⁵⁶, em 1948, representa o principal símbolo do desenvolvimento da ideia moderna de direitos humanos.

Fábio Comparato citado por Nelson Firmino⁵⁷ a respeito do assunto pondera:

[...] a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

A Declaração Universal de Direitos Humanos reproduz um modelo ético adequado, visto que os direitos por ela tutelados constituem um dos mais importantes instrumentos da sociedade. Com apenas trinta artigos, ela consegue alcançar um sem número indissociável e interdependente de direitos

⁵⁴ FIRMINO, Nelson Flávio. **Curso de Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 140.

⁵⁵ FIRMINO, Nelson Flávio. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 141.

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 Jul 2017.

⁵⁷ FIRMINO, Nelson Flávio. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 149.

Individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa humana não poderia se realizar.⁵⁸

Neste âmbito, outros instrumentos também merecem destaque, como a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972), dentre outros.

A análise histórica torna-se extremamente útil para classificar os direitos e garantias fundamentais segundo seu conteúdo, tendo em vista que, a partir do início do constitucionalismo, é possível distinguir diversas “gerações” de constituições, que atendem a tipos determinados de direitos, de acordo com o momento histórico em que foram concebidos.⁵⁹

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Na narrativa histórica constitucional do Brasil, a Constituição do Império de 25 de março de 1824⁶⁰ anuncia os Direitos Fundamentais nos 35 incisos de seu art. 179. Trata-se de direitos similares àqueles previstos nos textos constitucionais dos Estados Unidos e da França. A efetivação dos Direitos Fundamentais foi afetada diretamente pela instituição do Poder Moderador que outorgava ao soberano poderes constitucionalmente ilimitados.⁶¹

A Constituição Republicana de 1891⁶² retoma, em seu art. 72, com seus 31 parágrafos, os Direitos Fundamentais especificados na

⁵⁸ FIRMINO, Nelson Flávio. **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 149.

⁵⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 137.

⁶⁰ IMPÉRIO DO BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

⁶¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. p. 24.

⁶² ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

Constituição de 1824⁶³. Àquele rol foram realizados importantes avanços, a exemplo da garantia aos direitos de reunião e de associação, das amplas garantias penais e do reconhecimento do direito ao habeas corpus a nível constitucional, estendendo-se tanto a brasileiros como aos estrangeiros residentes no país (art. 72, caput).⁶⁴

As Constituições de 1934⁶⁵, 1937⁶⁶, 1946⁶⁷, 1967/1969⁶⁸, também adotaram à semelhança o rol de Direitos Fundamentais especificado na Constituição de 1891⁶⁹, merecendo destaque uma importante ampliação introduzida pela Constituição de 1934⁷⁰, que agregou alguns direitos sociais, culturais e econômicos, cuja tendência era assegurar a igualdade, o direito ao trabalho, à saúde, à moradia, além de prever, de maneira inédita, os institutos do mandado de segurança e da ação popular (art. 113, incs. 33 e 38).

Salutar consignar que a Constituição de 1937, com seu viés centralizador, relativizou a supremacia do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, ao submeter suas decisões ao Poder Executivo. Dispunha o art. 96, parágrafo único, que, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o Presidente da República poderia submeter à decisão ao Poder

⁶³ IMPÉRIO DO BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824).

⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. p. 25.

⁶⁵ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

⁶⁷ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

⁷⁰ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

Legislativo, caso entendesse a medida como necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta.⁷¹

Outro momento que merece destaque é Golpe Militar em 1964, que instituiu a Ditadura e os direitos previstos na Constituição anterior foram desobedecidos até a realização de uma nova constituição em 1967, que confirmou o Regime Militar, determinando a suspensão dos direitos constitucionais.

A Constituição Federal de 1988⁷², com relação à garantia dos Direitos Fundamentais, não é taxativa, referindo-se a tais direitos em diversos dispositivos nela dispersos, nos quais esteja presente características de historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade, próprias dos Direitos Fundamentais, porém, o Título II foi destinado especificamente à proteção “Dos direitos e garantias fundamentais”, regulamentando garantias, direitos individuais, coletivos, sociais e políticos.

De acordo com Paulo Bonavides⁷³:

Os Direitos Fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam. O Estado padece com relação ao controle desses fatores um déficit de soberania, tanto interna como externa, perdendo assim, em elevado grau, a capacidade regulativa. Isto, que já ocorria desde muito do neoliberalismo. Tanto na doutrina como na prática política, as formas liberais e globais não só desarmam, senão enfraquecem o Estado obrigando-o a evacuar o espaço de fomento e proteção de Direitos Fundamentais, sobretudo os de natureza social, que são os de segunda geração. Nestes, o grau de justiciabilidade e positividade tende a baixar em quase todos os ordenamentos contemporâneos. Tudo por obra dos sobreditos fenômenos globalização e neoliberalismo, derivados do sistema capitalista em sua fase mais recente de

⁷¹ PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016. v. p. 300.

⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2017.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 600-601.

expansão. Fase, sem dúvida, sombria para o futuro dos Direitos Fundamentais, mormente tocante ao capítulo de sua interpretação nos países da periferia desse sistema.

Paulo Bonavides⁷⁴ destaca ainda que até mesmo o lema revolucionário francês foi profético e exprimiu em três pontos básicos todo o conteúdo possível dos Direitos Fundamentais, mostrando até a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade, sendo, respectivamente, os Direitos Fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações.

Entretanto, a ideia de utilizar a locução “gerações” de Direitos Fundamentais vem justamente da observação da consagração gradual e temporal desses direitos. Os direitos de primeira geração já foram consagrados no advento do Estado liberal nos séculos XVIII e XIX. Os de segunda geração foram consagrados mais de um século após os movimentos liberais, no início do século XX, com o advento do Estado social. Os de terceira geração, pertencentes difusamente à humanidade, vêm sendo consagrados nos últimos tempos, o que realmente nos dá a impressão de que os Direitos Fundamentais podem ser divididos em gerações.

No entanto, o uso dessa terminologia tem recebido críticas doutrinárias bastante convincentes. Uma delas é aquela afirmativa de que o reconhecimento progressivo de novas gamas de Direitos Fundamentais funciona como um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância, de modo que a ideia de gerações pode dar ensejo a uma falsa compreensão da temática, dando a impressão de que há a substituição de uma geração de direitos fundamentais por outra, o que não corresponde à verdade, pois tais direitos estão em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento⁷⁵.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 562-563.

⁷⁵ SAPREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi. **O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, vol. 07, nº 07, 2010, p. 19. Disponível em: "<http://docplayer.com.br/8859402-O-direito-de-saber-a-nossa-historia-identidade-genetica-e-dignidade-humana-na-concepcao-da-bioconstituicao-1.html>". Acesso em 31 ago. 2017.

Sobre o tema Ingo Sarlet⁷⁶ destaca que “não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos Direitos Fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo”, não sugerindo uma alternância, uma substituição como no vocábulo “geração”, optando, portando, fundamentado na “mais moderna doutrina” pela utilização do vocábulo “dimensão”.

Os Direitos Fundamentais de primeira dimensão surgem juntamente com o “pensamento liberal-burguês” de cunho individualista, colocando o direito do indivíduo frente ao Estado, delimitando a zona em que o Estado não poderia intervir, representando direitos de característica “negativa”, visto necessitarem de conduta de abstenção por parte dos poderes públicos.⁷⁷

Os direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, necessitam para o seu reconhecimento, “comportamento ativo na realização da justiça social”. Ou seja, “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim, de liberdade por intermédio do Estado”.⁷⁸

Ingo Sarlet⁷⁹ citando Paulo Bonavides esclarece que a terceira dimensão, representada pelos Direitos Fundamentais de solidariedade e fraternidade, traz como principal mudança o “fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)”, individualizando-se em “direitos de titularidade coletiva ou difusa”.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 45.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 47

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 47

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 48

Os direitos de quarta e quinta dimensões, cuja existência é defendida por Ingo Sarlet⁸⁰ tem origem na globalização dos Direitos Fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

Verifica-se então, os direitos humanos são direitos históricos, isto porque decorrem das lutas imanentes à sua conquista, que se convertem em Direitos Fundamentais, mediante a sua transformação espacial, pela positivação no direito constitucional dos países que os reconhecem como fundamentais.

Os Direitos Fundamentais, definidos como os direitos humanos recepcionados na Constituição Federal, desde o mais elementar deles, a vida, até aqueles ainda não positivados, mas que estiverem coadunados ao regime adotado, qual seja o Estado Democrático de Direito, são tidos como necessários à garantia da dignidade da pessoa humana.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 50.

Capítulo 2

JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A finalidade deste capítulo é distinguir as categorias Judicialização, Judicialização da Política e Ativismo Judicial para que se possa verificar a partir de realidades concretas a atuação do poder judiciário e assim classifica-lo de forma adequada quando da efetivação dos Direitos Fundamentais.

2.1 A FINALIDADE DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao analisar a teoria da separação dos poderes, Dallari⁸¹ traz um aspecto histórico destacando que suas origens remontam aos ensinamentos de Aristóteles, na obra Política, e encontram alicerce na limitação do poder político de uma função estatal em relação à outra, tendo como principal finalidade a proteção das liberdades individuais contra o juízo de governantes onipotentes.

John Locke⁸² avalia que o poder político do Estado teria se originado a partir de um ajuste (contrato social), e não mais de circunstâncias naturais, desenvolvendo, ainda, as ideias de supremacia da lei e separação dos poderes Legislativo e Executivo, visando evitar que a figura do instituidor da lei possa ser a mesma a exigir sua aplicação.

Dallari⁸³ pondera que Montesquieu defendeu o ponto de vista de Locke, enfatizando a separação entre o legislador e o executor da lei, alocando a função de julgar num papel menos importante, restrito apenas à aplicação concreta dos dispositivos legais.

⁸¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 217-218.

⁸² LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1963. p. 94.

⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 220.

O que se verifica então, é que a doutrina da separação dos poderes surge em determinado momento histórico em que se verifica a necessidade de conter as arbitrariedades praticadas pelos monarcas absolutistas, passando-se, à supremacia das leis, emanadas do Poder Legislativo.

Nesse sentido Canotilho⁸⁴ afirma que um “sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros de poder seja pautado por normas de lealdade constitucional”, no sentido de que cada poder deve cooperar para que se permita realizar todos os objetivos institucionais, sem interferências, respeitando-se reciprocamente.

O objetivo colimado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores de funções soberanas do Estado, Legislativo, Judiciário e Ministério Público, era a defesa do regime democrático, dos Direitos Fundamentais e da própria separação de poderes frente a uma realidade recente da ditadura e da ausência de direitos.

Para os órgãos das funções estatais, para serem independentes e conseguirem frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitam certas garantias e prerrogativas constitucionais. Tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer o desequilíbrio e a desestabilização do Estado.

A realidade do século XX e a atual impôs ajustes na doutrina da separação dos Poderes.

Observa André Ramos Tavares⁸⁵ que modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do presidente da República**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 71.

⁸⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1027.

independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários. Essa nova realidade observa-se, sobretudo nas decisões do Poder Judiciário, em particular nas do Supremo Tribunal Federal.

Ao ser questionado sobre a possibilidade do Poder Judiciário determinar a adoção, pelos Municípios, quando omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico constitucionais, sem incidir em ofensa ao postulado da separação de Poderes, o Ministro Celso de Mello em seu voto afirmou que, quando o Poder Público deixa 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, ele incide em violação negativa do texto constitucional.⁸⁶

Desse '*non facere*' ou '*non praestare*', resulta a inconstitucionalidade por omissão. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, em razão de sua inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Acrescentou ainda que não se incluem, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.⁸⁷

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 759.543/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 28.10.2013. p. 7. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264763>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 759.543/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 28.10.2013. p. 7-8.

Cumpra assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.⁸⁸

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. Porém, caso a execução de determinada política pública, seja por ação ou omissão, decorra prejuízo concreto a interesses individuais homogêneos, difusos ou coletivos, nasce a pretensão ao controle judicial de tais políticas por meio de ação coletiva.⁸⁹

O Ativismo Judicial, no Brasil, é produto da ineficiência dos órgãos de execução legislativa na efetivação de Direitos Fundamentais, especialmente nos casos em que sequer há previsão orçamentária para o atendimento de necessidades primárias da população, sem que daí se possa-se ferir o princípio da Tripartição dos Poderes da República.⁹⁰

Nesse contexto, resta claro que a jurisdição dos tempos atuais já não é mais politicamente neutra, e sim uma jurisdição comprometida com a concretização dos Direitos Fundamentais, inclusive mediante a determinação de políticas públicas.

A cristalização da visão de que os poderes são três e que cada um deles tem a função de controlar o outro é apenas uma das

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 759.543/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 28.10.2013. p. 8.

⁸⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC 20120916487/SC (2012.091648-7) (Acórdão), 3ª Câ. de Direito Público Julgado, Rel. Pedro Manoel Abreu, j. em 26.08.2013. p. 1. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24141273/apelacao-civel-ac-20120916487-sc-2012091648-7-acordao-tjsc/inteiro-teor-24141274>. Acesso 20 mar. 2017.

⁹⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC 20120916487/SC (2012.091648-7) (Acórdão), 3ª Câ. de Direito Público Julgado, Rel. Pedro Manoel Abreu, j. em 26.08.2013. p. 1.

possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar. O sentido de *O espírito das leis* nunca foi afirmar os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do Estado de direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle.⁹¹

Falar em Judicialização ou Ativismo Judicial só faz algum sentido quando encontra-se presente um modelo, uma teoria normativa que se apoia em uma percepção bastante particular da separação de poderes em um Estado de direito.

Sob essa interpretação, embora concebam ser ideias bastante distintas entre si, Judicialização e ativismo estão intimamente ligados, cuja ligação decorre de uma visão em que o Legislativo deve ser o núcleo de um Estado Democrático de direito, tanto por excelência da política quanto seu real ativista.⁹²

2.2 DA JUDICIALIZAÇÃO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

No entanto, a simples previsão de separação de poderes não é o único fator gerador da Judicialização, devendo existir a possibilidade de aplicação do sistema de freios e contrapesos.⁹³

É imperioso ressaltar que o sistema de freios e contrapesos torna-se importante para a conservação do sistema de separação de poderes, visto que, em relação à prevalência da regra da harmonia entre os poderes, é correto afirmar os mesmos não podem atuar de forma absoluta e intangível, sendo indispensável subsistir uma intervenção por parte de algum dos poderes, caso o equilíbrio entre eles cesse:

⁹¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 165.

⁹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). p. 167.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 110.

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visa, ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁹⁴

Então, considerar a possibilidade de se pleitear Direitos Fundamentais, diretamente a partir da linguagem ou da normatividade constitucional, é matéria que desafia uma série de barreiras.

Como já ponderado em tópicos anteriores, ressalte-se que o Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por consecutivo, em um só processo, não se pode aventar e trazer a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas.

De outro norte, considerando-se nosso regime constitucional democrático, o Judiciário não pode, igualmente, ser o único elaborador das políticas sociais, visto não ter competência para definir, de maneira ampla, o conjunto das políticas públicas necessárias.

Necessário esclarecer que, se o Judiciário não pode estabelecer e realizar políticas públicas pode, contudo, controlá-las sob o ângulo constitucional, principalmente no que se refere aos Direitos Fundamentais.

Barroso⁹⁵ explica que por ser “híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu”.

Por conseguinte, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional aliada ao modelo europeu, que

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p.110.

⁹⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2017.

permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.⁹⁶

Direitos Fundamentais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista.⁹⁷

Nesse sentido importante destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, embora julgando prejudicada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 MC/DF⁹⁸, em razão da perda superveniente de seu objeto, assentou:

EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Percebe-se então, que o rol de Direitos Fundamentais exige, quando presentes conflitos, uma atividade de harmonização, na qual, muitas vezes, o aplicador das normas, não tendo condições de preservar em equilíbrio as duas normas em colisão, deve ponderar, aplicando as normas de forma proporcional, segundo as circunstâncias do caso concreto.

⁹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2017.

⁹⁷ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 216.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC / DF. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator(a). Min. Celso de Mello, DJ 04/05/2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 15 maio. 2017.

Exerce papel fundamental nessa atividade o chamado princípio da proporcionalidade, hoje reconhecido como importante instrumento de interpretação dos Direitos Fundamentais pelos intérpretes/aplicadores dos diversos ordenamentos constitucionalizados⁹⁹.

Em razão da força que o Poder Judiciário adquiriu com a nova postura frente às Constituições, a argumentação nos casos de colisão de Direitos Fundamentais baseada no uso do princípio da proporcionalidade pode ajudar a combater decisões arbitrárias, ou pelo menos deixa mais fácil o caminho entre o problema e a solução.

Com efeito, a relação entre a democracia e a Judicialização é bem compreensível vez que a democracia, “não é mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantias dos Direitos Fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.¹⁰⁰

Técnicos utilizam o termo Judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Ainda nesse sentido, porém com caráter mais específico, pode-se assegurar que a Judicialização é o ingresso em juízo de determinada circunstância¹⁰¹.

A Judicialização representa deliberação particulares de tribunais, cujo conteúdo é eminentemente político, ou referente a necessidades privadas dos cidadãos. Nesse sentido:

A expressão (Judicialização) recebe um sentido de processo social e político, quando é usada para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda aumento do número de processos nos tribunais. A Judicialização é tomada como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança

⁹⁹ Veja: SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e princípio da proporcionalidade no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Univali, Itajaí. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2302/1617>. Acesso em: 22 mar. 2017.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p.126.

¹⁰¹ Veja: DEMARCHI, Clóvis; FREITAS, Eduardo Silva de. A Judicialização como forma de garantir o direito à educação. **Revista Diálogos Possíveis**, Salvador, 2016. Disponível em: <http://faculdadesocial.edu.br/revistas/index.php/dialogospossiveis/article/view/394>. Acesso 22 mar. 2017.

na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais. [...] O termo aplica-se não só à ação dos juízes, mas também os profissionais de outras carreiras judiciais (especialmente os membros do Ministério Público), que seriam os responsáveis pela Judicialização da política, por utilizar “excessivamente” suas atribuições para levar os conflitos à justiça, ou para resolvê-los extra-judicialmente, tendo a lei e seu *savoir-faire* como referência. [...] No sentido constitucional, a Judicialização refere-se ao novo estatuto dos Direitos Fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política.¹⁰²

Impende destacar o conceito de Judicialização formulado por Luiz Roberto Barroso¹⁰³:

A Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a Judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Uma das causas que contribuíram para a Judicialização está no fato do ambiente democrático ter despertado a cidadania a amplos segmentos da população, oportunizando maior nível de informação e de consciência de direitos, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Somado a esse fator, houve um grande desenvolvimento institucional do Ministério Público, com a ampliação da atuação na busca por justiça na sociedade brasileira.

Outra causa foi a constitucionalização abrangente, assegurando direitos até então reservados aos processos políticos e legislativos, normatizando direitos considerados fundamentais, com a possibilidade da sociedade exigir

¹⁰² MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. n. 57, 2002, p. 113-133. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf> Acesso em: 15 abr. 2017. p. 115

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas**. 2009, n. 4, p. 1-29. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2017. p. 3.

Enfim, verifica-se que a Judicialização encontra acolhimento no sistema brasileiro, razão pela qual o Judiciário assume uma posição de defensor da constituição e depositário de direitos previstos formalmente; não sendo acolhida, contudo, uma atuação desproporcional de qualquer um desses Poderes, que seja apta a ameaçar o sistema democrático no qual está implantado.

Nesse sentido Barroso¹⁰⁴ destaca que um vasto número de Estados democráticos no mundo se estabelece em um padrão de separação de poderes onde a função de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) está conferida a órgãos distintos, especializados e independentes, ainda que todos exerçam um controle recíproco sobre as atividades, de modo a obstar surgimento de situações capazes de oferecer riscos para a democracia e para os Direitos Fundamentais.

Note-se que na disposição institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida nos tribunais.

Portanto, a Judicialização pode ser considerada o termo pelo qual o Poder Judiciário passou a ter o seu limite de desempenho expandido, o que o elevou a categoria de instituição de maior importância na resolução de diversas controvérsias sociais e efetivação dos direitos adotados pelo ordenamento jurídico, legitimados constitucionalmente.

2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O fenômeno da Judicialização da política vem sendo tratado com importância por intelectuais, por intérpretes do mundo político e jurídico e pela mídia. Mundialmente, a transferência de poder das instâncias políticas representativas para os tribunais vem se dando em inúmeros países

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 11.

desde o final da segunda guerra mundial, em ondas associadas a processos de democratização nos diversos continentes¹⁰⁵.

As formas de transferência tem sido várias, desde a adoção de constituições extensas e pródigas em direitos, passando pela criação de tribunais constitucionais, pela ampliação do acesso à justiça a causas coletivas até os impactos da assinatura de tratados internacionais sobre os ordenamentos jurídicos nacionais.

Especificamente, a Judicialização da política tem modificado a cara da democracia representativa em duas extensões principais: quando tribunais constitucionais revisam a constitucionalidade das leis aprovadas pelo parlamento ou dos atos normativos do executivo, e quando tribunais interferem de algum modo na condução governamental das políticas públicas.¹⁰⁶

Não se hesita afirmar a necessidade de tornar o Estado brasileiro mais democrático e com menos desigualdades sócio econômicas. Contudo, a dúvida que surge a partir dessas decisões é quanto à capacidade e legitimidade do Poder Judiciário para decidir, e com que critérios decide pela implementação de políticas públicas.

Isso porque resta claro que as estatísticas e planejamentos administrativos são realizados pela administração pública, fundada em diversos critérios, na maioria das vezes, ignorados por grande parte dos agentes políticos quando tomam decisões que resultam em políticas públicas¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Veja: RAMOS, Flávio; BUGLIONE, Samantha; ROESLER, Claudia Rosane. Judicialização da política e a percepção da mídia impressa brasileira. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1929/1481>. Acesso 25 de mar. 2017.

¹⁰⁶ Veja: BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, Judicialização da política e Democracia. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba. Disponível em: revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/download/.../473. Acesso 25 mar. 2017.

¹⁰⁷ WACHELESKI, Marcelo Paulo. Jurisdição e políticas públicas: a eficácia dos Direitos Fundamentais e a politicidade do Poder Judiciário. **Revista de Doutrina do TRF4**, Porto Alegre. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao016/Marcelo_Wacheleski.htm. Acesso 30 mar. 2017.

Governar estabelece a imprescindibilidade de controle, coesão e administração de todas as forças políticas. Seria duvidoso para o Estado democrático desejar que os juízes governassem, seja porque não detêm legitimidade popular, seja porque não dispõem do diálogo necessário com a sociedade para definir as políticas públicas convenientes para cada época. Porém, ainda assim, restaria uma importante função para o Poder Judiciário.¹⁰⁸

Trata-se da possibilidade de fiscalizar e exigir do Poder Executivo a implementação de políticas públicas com as quais se comprometeu e também de direitos sociais assegurados na Constituição Federal de 1988.

Não há que se esquecer que dos contornos dados à Constituição Federal de 1988 os juízes são, em última análise, os únicos intérpretes e responsáveis por definir os limites de suas atuações.¹⁰⁹

A fixação dos limites à própria jurisdição representa, nesse contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca da plena normatividade constitucional não pode significar a rescisão do equilíbrio necessário à democracia. Um governo de juízes, neste sentido, em nada difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de poder político junto a um único órgão.¹¹⁰

Deve-se ter sempre em vista que a função primordial do Poder Judiciário é o controle dos demais Poderes, impondo a implementação das políticas públicas previstas na Constituição. Contra argumentos econômicos, financeiros ou sociais, não cabe qualquer discurso racional e jurídico, por isso, tornam-se sem critérios válidos as decisões judiciais, ainda que se justifiquem por argumentos políticos e sociais.

¹⁰⁸ WACHELESKI, Marcelo Paulo. **Judicialização das Relações Sociais e Políticas: Constituição, Esfera Pública e a Desestruturação da Política a Partir da Obra de Hannah Arendt.** Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 196

¹⁰⁹ WACHELESKI, Marcelo Paulo. **Judicialização das Relações Sociais e Política: Constituição, Esfera Pública e a Desestruturação da Política a Partir da Obra de Hannah Arendt.** p. 213.

¹¹⁰ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2005. p. 71.

Após a modificação do modelo de Estado legalista, caracterizado pela prevalência do Poder Legislativo e o surgimento dos Estados constitucionais, o Poder Judiciário ganha maior espaço colocando- -se como controlador da atividade do executivo e do legislativo – sempre adequando suas atuações ao texto constitucional.

Diante desse ponto de vista, para Cappelletti¹¹¹, o Poder Judiciário se vê constantemente diante de duas opções: ou permanece fiel à concepção tradicional nos limites da função jurisdicional ou eleva-se ao nível dos demais poderes, tornando- -se o terceiro gigante, em condições de controlar o legislativo e o executivo.

A primeira opção lhe garante a confortável atuação formal na repressão à violação dos direitos individuais e à criminalidade, negando sua vertente política. A escolha pela segunda opção faz o Judiciário assumir uma postura política, ultrapassando o nível tradicional de resolução de conflitos de natureza privada.¹¹²

É preocupação frequente a criação de ações coletivas ou modelos processuais de tutela desses direitos metaindividuais ou coletivos, em condições de garantir a isonomia na relação processual e a igualdade de armas da sociedade frente a grandes grupos econômicos. Porém, tratam-se de situações recentes no sistema jurídico e, portanto, os meios processuais e de direito material disponíveis ainda carecem de consolidação.

Ademais, via de regra, esses direitos estão previstos em normas programáticas que não são autoaplicáveis, forçando que a magistratura defina seu real alcance: “pela razão de que tais leis e direitos frequentemente são muito vagos, fluidos e programáticos, mostra-se inevitável alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los”¹¹³.

¹¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 47.

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** 1993. p. 47.

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** 1993. p. 60.

A invasão da política pelo Poder Judiciário conduz para construção de um cidadão, que se mantém de forma passiva, aguardando a realização das políticas públicas pelo Estado e, caso não se realizem, buscam a tutela jurisdicional para a consecução dos objetivos. Neste caso, o espaço da liberdade. Esse é o preço de conduzir a efetividade dos direitos sociais pela força impositiva, e não pela manifestação ativa da cidadania, o que se espera num regime democrático e para uma cultura cívica saudável.¹¹⁴

A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária.¹¹⁵

Para Paulo Bonavides¹¹⁶:

A Constituição possui assim sentido político absoluto, não podendo sua essência ficar contida numa lei ou numa norma. É exatamente essa impossibilidade que faz possível, segundo Schmitt, distinguir a Constituição da Lei Constitucional. O constitucionalista, ao mostrar que a Constituição não pode dissolver-se num conjunto de leis constitucionais, repeliu, como erro, a assertiva de Bernatzik, de que a transformação da Constituição numa “espécie de lei” fora “uma conquista da cultura política contemporânea.

Esclarece ainda que, a essência política deve prevalecer sobre a essência jurídica:

[...] se assim procedêssemos, ao invés da “judicialização da Política”, teríamos a “politização da Justiça”. Em Schmitt o existencial compõe a essência da Constituição, o reino da decisão

¹¹⁴ WACHELESKI, Marcelo Paulo. **Judicialização das Relações Sociais e Políticas: Constituição, Esfera Pública e a Desestruturação da Política a Partir da Obra de Hannah Arendt.** p. 215.

¹¹⁵ VIANNA, Luiz Werneck (et al.). **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 23.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** p. 104

fundamental, a esfera política que se sobrepõe ao normativo, às Leis Constitucionais, ao domínio jurídico propriamente dito.¹¹⁷

O Poder Judiciário está sendo colocado como suplente do Estado diante da necessidade de igualdade e a incapacidade das instituições políticas em atender essa carência. A realidade atual da jurisdição demonstra um crescimento cada vez maior da intervenção do Poder Judiciário em áreas tradicionalmente afetas à política e, os resultados dessa transformação de paradigma do direito ainda são desconhecidos.

As condições estruturais estão presentes, formalmente, no sistema político-jurídico desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas apenas recentemente a temática ganhou o holofote dos meios de comunicação de massa e o interesse generalizado de juristas e cientistas sociais.¹¹⁸

2.4 DO ATIVISMO JUDICIAL

2.4.1 Origem e conceito

De acordo com Barroso¹¹⁹, o conceito de Ativismo Judicial está associado a um envolvimento mais amplo e intenso do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

A atuação ativista se manifesta de diversas maneiras: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 104

¹¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 38.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 6.

Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹²⁰

Durante o período absolutista, a figura do juiz representava apenas um agente do rei. No decorrer do tempo, com a Revolução Francesa, a situação não se modificou muito, reservando-se ao juiz o papel de interpretador da lei. O ativismo surge no momento em que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte se atribuiu o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis.

Nesse sentido Elival Ramos¹²¹ esclarece que Ativismo Judicial é

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Para Clarissa Tassinari¹²²:

Ativismo Judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o Ativismo Judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova. A questão é que há uma meia verdade nesta afirmação, pois somente é possível considerá-la correta se compreendida que esta legitimidade da jurisdição constitucional dá-se em termos de um efetivo controle das decisões judiciais, isto é, se as atenções estiverem voltadas para as respostas dadas pelo Judiciário e não apenas para compreender se o exercício do controle de constitucionalidade é coerente com a existência de um Estado Democrático.”

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 6.

¹²¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116.

¹²² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo judicial**. Limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 34

A raiz do Ativismo Judicial reporta-se às cortes norte americanas. Em 1803, na discussão sobre o empossamento de Willian Marbury como juiz de paz, de acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams, às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do Chief Justice Marshall, afirma que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte.¹²³

Com isso, por uma decisão judicial no julgamento de um caso, surgiu o controle de constitucionalidade (judicial review) norte-americano. Refira-se: a Constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso. Dá-se início, assim, às discussões sobre Ativismo Judicial em solo norte-americano.¹²⁴

Observa Luís Roberto Barroso¹²⁵ que o Ativismo Judicial serviu para a Suprema Corte Americana manter a segregação racial: “foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial”.

Para Ronald Dworkin,¹²⁶ o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Segundo ele um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política.

Entende Vanice Regina Lírio do Valle¹²⁷, o termo Ativismo Judicial surgiu com a divulgação de um artigo na revista americana Fortune do jornalista Arthur Schlesinger, cujo teor ressaltava o comportamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, delineando o perfil dos nove juízes daquela instituição.

¹²³ THAMAY, Rennan Faria Kruger; HERANI, Renato Gugliano. **Jurisdição Constitucional Concentrada**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 137

¹²⁴ THAMAY, Rennan Faria Kruger; HERANI, Renato Gugliano. **Jurisdição Constitucional Concentrada**. p. 137

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 7.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452.

¹²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. p. 21.

Desde então, o termo “Ativismo Judicial” tem sido empregado sob a perspectiva de atuação do Poder Judiciário.

O ativismo tem prosperado pelas seguintes razões: primeiro, pelo fato de haver clara e evidente omissão dos demais Poderes; segundo, porque não é dado ao Judiciário simplesmente furtar-se ao julgamento de ação que a ele tenha sido submetida sob o fundamento de que não pode se imiscuir na esfera de outros Poderes, não podendo lavar as mãos diante da falta de solução legislativa adequada ou de omissão do Executivo na implementação de Direitos Fundamentais; terceiro, em decorrência da necessidade de implementar e realizar políticas públicas que são direitos dos cidadãos que contribuem e não têm a respectiva e adequada contraprestação do Poder Público.¹²⁸

Ainda sobre o ativismo Ronald Dworkin¹²⁹ destaca que a incursão do ativismo jurídico só poderá ser percebida se relacionada a um movimento intenso, do qual ele é somente uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas principalmente uma transformação da democracia. A grande notoriedade dos juízes esta diretamente ligada ao fato de que foram afrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que desenvolveram uma novo jeito de idealizar a democracia.

Podem-se apontar como casos de atuação ativista:

- a) uso de salário mínimo como indexador (Súmula Vinculante 4);
- b) defesa técnica por advogado em processo disciplinar (Súmula Vinculante 5);
- c) remuneração de praças no serviço militar (Súmula Vinculante 6);
- d) não autoaplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição enquanto vigorou (juros reais de 12%) (Súmula Vinculante 7);
- e) prescrição e decadência do crédito tributário (Súmula Vinculante 8);

¹²⁸ THAMAY, Rennan Faria Kruger; HERANI, Renato Gugliano. **Jurisdição Constitucional Concentrada**. p. 139

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 09-17

- f) reserva de Plenário para afastar incidência de lei ou ato normativo (Súmula Vinculante 10);
- g) taxa de matrícula em universidade pública (Súmula Vinculante 12);
- h) vedação do nepotismo nos três Poderes (Súmula Vinculante 13);
- i) a ADPF 54, em que se requereu interpretação, conforme a Constituição, dos artigos do Código Penal que tratam do aborto, para declarar que eles não incidem na hipótese de interrupção da gestação de fetos anencefálicos;
- j) constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto);
- k) vedação do nepotismo nos três Poderes (ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto);
- l) RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski;
- m) prisão por dívida. Virada na jurisprudência (HC87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, e 92.566, Rel. Min. Marco Aurélio);
- n) RE 349.703, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, e 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso;
- o) demarcação de terras indígenas na área conhecida como Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto);
- p) inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos (ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello);
- q) restrições ao uso de algemas (HC 91.952/SP, rel. Min. Marco Aurélio);
- r) passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADI 2.649/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia);
- s) suspensão da Lei de Imprensa do regime militar (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto);
- t) sigilo judicial e Comissões Parlamentares de Inquérito (MS 27.483/DF, rel. Min. Cezar Peluso);
- u) isenção da Cofins sobre sociedades profissionais e revogação por lei ordinária (RE 377.457/PR e 381.964/MG, Min. Gilmar Mendes).¹³⁰

¹³⁰ THAMAY, Rennan Faria Kruger; HERANI, Renato Gugliano. **Jurisdição Constitucional Concentrada**. p. 141

Vale ressaltar que em todos os casos mencionados, o Supremo Tribunal Federal foi instigado a se declarar e, se manifestou apenas de acordo com o que foi requerido, não sendo possível, não o fazer, caso estivessem preenchidos todos os requisitos necessários. “Não se pode atribuir aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A Judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte”¹³¹.

O STF apenas se restringiu a cumprir, estritamente, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

Lênio Luiz Streck¹³² esclarece que o Ativismo Judicial acontece quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas e, se baseia em uma relação interminável de concepções, em que cada ativista interpreta a seu modo. Ressalta que a Judicialização, no Brasil, perde-se no emaranhado de ativismos.

Acrescenta ainda que

De minha parte, não concordo com a tese de que o direito é aquilo que o Judiciário diz que é. Fosse isso verdadeiro, não precisaríamos estudar e nem escrever. O direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (e tampouco na vontade coletiva de um tribunal).¹³³

O que se busca é a exatamente a implementação da justiça, para que também as minorias tenham seus Direitos Fundamentais efetivados e, sob esse aspecto, o Poder Judiciário exerce um poder político no que tange ao Ativismo Judicial.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 5-6.

¹³² STRECK, Lenio Luiz. **Juiz Não é Deus**: Juge n'est pas Dieu. Curitiba: Juruá, 2016. p. 65

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz Não é Deus**: Juge n'est pas Dieu. p. 67

O Supremo Tribunal Federal já deliberou que os membros da Magistratura, do Ministério Público e Tribunais de Contas são agentes políticos, e não servidores públicos. Sob esse prisma o Ativismo Judicial seria o exercício da função atípica do Poder Judiciário, visando a função típica, que é a de dizer o direito preconizando o valor justiça.

Destaque-se, contudo, que o Ativismo Judicial não pode, de qualquer forma, adentrar no espaço do planejamento e da conveniência de qual política pública deverá ser implementada em cada tempo. Isso porque não representa a sociedade civil para esse fim, e estaria deturpando suas funções institucionais e pondo em risco o sistema democrático¹³⁴.

2.4.2 A hermenêutica frente ao Ativismo Judicial

Em um primeiro momento é oculta a divisa entre a política e a justiça no mundo contemporâneo. Entretanto, a interpretação que deve ser feita em relação à teoria da separação dos poderes é que a democracia e o constitucionalismo antes de serem opostos, ambos se completam, criando-se uma conexão sob uma ótica produtiva e de permanente releitura do texto constitucional¹³⁵.

Hodiernamente é possível afirmar que cabe ao Poder Judiciário, a efetivação da Constituição por meio de seus princípios e regras, utilizando-se das suas decisões fundamentadas (art. 93, IX da CF¹³⁶), visto que o juiz não pode mais ser considerado a mero aplicador da norma, devendo ser um

¹³⁴ Veja: DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruanda. Da possibilidade de angariar efetividade aos Direitos Fundamentais através do ativismo judicial. OLIVEIRO, Maurizia; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.) **Ativismo judicial e Judicialização de políticas públicas**: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico. Recurso Eletrônico. Itajaí: Univali, 2016. t. 2.

¹³⁵ Veja: BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, mMaio/ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007. Acesso em: 20 maio 2017.

¹³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2017.

executor das garantias constitucionais de forma justa, chegando-se a um Ativismo Judicial substancialista.¹³⁷

Independente da realização do ordenamento jurídico e normas infraconstitucionais, há uma diretiva da atividade jurisdicional pautada na ordem democrática, que é o alcance dos fins previstos no artigo 3º da CF¹³⁸, que determina um plano político a ser realizado por cada um dos poderes estatais, inclusive pelo Poder Judiciário.

O instrumento reservado ao Poder Judiciário para que realize esse plano político para a sociedade como um todo é o processo judicial, do qual não pode abrir mão, sob pena de negar a contrapartida assumida no contrato social.¹³⁹

Interpretação jurídica é a atividade, implantada em vasto processo hermenêutico, conduzida à realização concreta do Direito. O intérprete constrói, como ato de vontade e de inspiração humanística, significados a partir de enunciados textualmente expressos ou decorrentes do sistema normativo, visando a aplicação das normas no plano real e concreto. Interpretar vai além do compreender, consistindo em aplicar.¹⁴⁰

A contenda do Direito pode ocorrer em abstrato. Há locuções descritivas e críticas sobre normas e situações jurídicas, mas interpretação jurídica apenas se dá diante de casos concretos e com o propósito de conformá-los. Nessas situações, os textos normativos serão o objeto de um

¹³⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: Revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Manole, 2002. p. 88

¹³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹³⁹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: Revitalizando as regras do jogo democrático**. p. 88

¹⁴⁰ MIRANDA, Jorge; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso Rodrigues; MARTIN, Nuria Belloso (Coords). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 26

processo unitário de interpretação-aplicação, do qual as normas serão o resultado.¹⁴¹

Respectivamente ao conceito de interpretação, fundamental ao ativismo jurídico e que corrobora como importante é para o juiz, tem-se uma respeitável acepção trazida por Cappelletti¹⁴²:

Interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagens de outras pessoas com vistas a compreendê-los e, no caso do juiz não menos do que do musicista, por exemplo, reproduzi-los, aplica-los e realiza-los em novo e diversos contexto, de tempo e lugar [...] por mais que haja esforço do interprete para permanecer fiel ao seu texto, ele sempre será forçado a ser livre, porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações nuances para a criatividade interpretativa.¹⁴³

Importante apresentar o pronunciamento de Eros Roberto Grau¹⁴⁴ sobre a interpretação da constituição, de acordo com a generalidade e abstração de certas normas:

A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete.

Paulo Bonavides¹⁴⁵ esclarece que há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A diferença é acentuada desde o aparecimento da Nova Hermenêutica, que trouxe o novo conceito de concretização, característica à interpretação de grande parte da

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge; MORAIS, Jose Luís Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso Rodrigues; MARTIN, Nuria Belloso (Coords). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 26

¹⁴² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p.21

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p.21

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 247.

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 591.

Constituição, nomeadamente dos Direitos Fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional. Neste caso são comuns normas baseadas em expressões amplas, vagas e maleáveis, cujo emprego requer do aplicador certa atividade criativa, complementar e aditiva para conseguir a integralidade da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento.

A hermenêutica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”¹⁴⁶. A interpretação é uma técnica da hermenêutica.

Reis Friede¹⁴⁷ esclarece que:

A hermenêutica é, por via de consequência, um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação, procedendo, em última instância, à sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final, o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões do Direito.

Desta feita, interpretar a norma jurídica consiste em identificar o seu sentido e alcance, necessária para que se possa aplicar a lei às situações concretas que nela se subsumam. A ciência da interpretação é a hermenêutica e podem ser utilizados vários mecanismos e formas para se chegar a uma interpretação da norma, quer seja de maneira literal ou gramatical, finalística ou teleológica, sistemática, histórica, lógica e integral.¹⁴⁸

Caso as falhas do Executivo e do Legislativo validam a atuação do Poder Judiciário na ingerência da tutela dos Direitos Fundamentais “não podemos esquecer que a legitimidade política do Judiciário em si impede

¹⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 5.

¹⁴⁷ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 154.

¹⁴⁸ VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina; GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici; OLIVEIRA, Michele Cristina Souza Achcar Colla de (Coords.). **Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 108

que ele se torne o regular promotor dos objetivos fundamentais da República brasileira”.¹⁴⁹

Por conseguinte, a função do magistrado na aplicação da lei e na análise do conflito, não é tão ingênua quanto pode aparentar, notadamente se considerarmos que no exame crítico da lei à luz do positivismo, o intérprete não possui liberalidade.

Para Luiz Flávio Gomes e Válerio Mazzuoli¹⁵⁰ o positivismo jurídico:

[...] prega o “culto à norma”, ao “direito positivo”, explicado pela “dogmática”, que só se preocupa com sua vigência e não com sua eficácia (ou validade), que estuda “descritivamente” o direito positivo sem nenhum “espírito crítico”, acolhendo cegamente “a escala de valores afirmada pelo ordenamento jurídico”; para o positivismo, “a análise do direito deve ser feita com independência de todo juízo de valor ético-político e de toda referência à realidade social sobre que atua”, donde a conclusão de que ele crê que todo direito (lei) é justo e por isso não pode ser questionado.

Então, mostra-se relevante destacar que a interpretação, como atividade de construção normativa, é uma necessidade constante e inafastável para o tráfego jurídico, negada qualquer concepção que a restrinja aos denominados casos difíceis. Essa ideia restritiva parte do pressuposto de que apenas enunciados normativos ambíguos exigem interpretação, ao passo que aqueles cujos significados possam ser mais clara e diretamente revelados seriam aplicados sem necessidade de interpretação.¹⁵¹

Sobre o tema destaca Lênio Streck¹⁵² que não é possível separar texto e significado:

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 71.

¹⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional**. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013. p. 30.

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso Rodrigues; MARTIN, Nuria Belloso (Coords). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 26

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 323.

Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois ‘acoplar’ a respectiva norma. A ‘norma’ não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado, a partir de minha condição de ser-no-mundo [...] não se interpreta o texto [isoladamente], mas o texto em sua historicidade e faticidade, que vai constituir a ‘norma’. Norma é, assim, o texto aplicado/concretizado.

Portanto, verifica-se que a hermenêutica não deseja corrigir ou substituir qualquer teoria, ou seja, não proíbe que se faça essa justificação de forma procedimental, porém, não concorda com a eliminação do primeiro passo na compreensão, que é exatamente o elemento hermenêutico.¹⁵³

2.5 ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Como já afirmado anteriormente, a Judicialização, na realidade fática brasileira, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política do julgador. Se determinada norma permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o Ativismo Judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.¹⁵⁴

Verifica-se que o Estado moderno atravessa um período de profundas mudança nas esferas política e social, provocando, em razão de tais mudanças, uma ideologia de descrença das instituições políticas. O cidadão observa o desmoronamento dos referenciais político-institucionais que haviam balizado o Estado moderno. Acrescente-se a esse descrédito a ausência de princípios éticos basilares do agir político. A consequência é a despolitização do sujeito e sua fragilidade perante a complexidade da vida moderna. Ocorre a transferência das expectativas frustradas para o Judiciário, instância possibilitadora de resgate dos ideais de justiça. É necessário, portanto, atender às razões de deslegitimação do Estado para explicar aquilo que se produz, antes de

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 135.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 6

mais, como uma inflação judicial. O debate entre justiça e política dá origem a uma inquietante relação triangular: “despolitização, Judicialização e fragilidade”.¹⁵⁵

De acordo com o pensamento de Francesco Carnelutti¹⁵⁶ “existem juízes a quem o destino encarrega de castigar a todo um povo”, os quais, por meios de decisões proferidas em desacordo com a realidade atual, passam a “induzir o futuro, partindo do passado.”

A diferenciação entre as atividades estatais, de legislar e de julgar, não se fundam apenas por inquietações jurídico-dogmáticas, mas especialmente em relação à garantias, visto que a teoria da separação dos poderes impede que quaisquer deles realize o domínio total do Estado e que, cada um labore como uma trava e simultaneamente como uma compensação, justamente para prevenir a concentração e o abuso do poder.

A atuação assistencialista e ativista do Poder Judiciário é elemento intrínseco à maioria dos Estados atuais e, em todos é necessário ajustar os pólos opostos do ativismo e da Judicialização, a fim de preservar a separação entre os poderes, a democracia participativa e o constitucionalismo.

No Brasil, esse espírito de moderação também deve ser acompanhado. A constatação de que a postura ativista tem representado uma garantia para a democracia, não deixa de impor limites à atuação do Poder Judiciário. Em virtude de tais ocorrências, as reprimendas que passaram a ocorrer são justamente no sentido de não ampliar o campo de atuação de um Poder e, concomitantemente, bloquear os demais.

É corriqueiro, para os leigos, confundir Direito e Política, vez que sua concepção envolve a aplicação da Constituição e de leis criadas pelos demais poderes, mandatários diretos da sociedade. Normas legitimamente produzidas não devem ter sua aplicabilidade reservada à pretensão do Poder Judiciário.

¹⁵⁵ BRASIL, Deilton Ribeiro. **Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 38

¹⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. **A Arte do Direito**: seis meditações sobre o direito. Tradução de Pinto de Aguiar. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 80-81

A delicada barreira que, por vezes, destaca o Direito da Política, evidentemente não implica em livres escolhas, discricionariedades ilimitadas dos aplicadores, sem a indispensável e admissível respaldo jurídico.

O Direito não deve favorecer determinados grupos ou pessoas e sim efetivar a Justiça, a segurança jurídica e o bem estar social e, em razão disso não é possível acolher a prevalência da vontade do Poder Judiciário sem avaliar as disposições normativas.

Vale dizer então que, por mais que a interpretação abarque conceitos como consideração de valores, percepção de justiça e emprego de princípios, não pode o magistrado, sob o argumento de aplicar o direito ao caso concreto, tornar-se um juiz injusto ou parcial.

Capítulo 3

DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUSTENTABILIDADE

3.1 A MODERNIZAÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com José Gomes Canotilho¹⁵⁷ a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente Direitos Fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Então, os Direitos Fundamentais, tais como saúde, educação, trabalho, previdência social, habitação, assistência social, entre outros, previstos Constituição Federal, impõem ao Estado a obrigação de fazer, de proporcionar, de oportunizar às classes menos favorecidas, competindo aos agentes Estatais o papel de executar tais direitos, criando e implementando políticas e serviços públicos, mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais.¹⁵⁸

Ressalte-se a relevância da atuação do Estado no sentido de produzir normas e de consolidar Direitos Fundamentais. Nesse sentido observa Lorenzetti¹⁵⁹ que:

As fórmulas fundamentais estão expressas com abstração, como mandados não condicionados, de tal modo que ninguém pode

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 30

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 641.

¹⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 115.

discordar delas. No entanto, no momento de sua aplicação, há uma série de normas que estabelecem complementos, para melhorar sua eficácia, exceções e regulamentações, para compatibilizá-los com outros direitos e bens públicos, que definitivamente estabelecem sua existência jurídica concreta.

Considerando a estrutura normativa da Constituição Federal, verifica-se que, propositalmente, houve uma modificação no grau de importância dos Direitos Fundamentais, colocando-os como prioridades a serem alcançadas pelo Estado Democrático de Direito.

De acordo com Rafael Barreto¹⁶⁰, ao trazer a matéria dos Direitos Fundamentais logo no início da Constituição, rompendo com o modelo historicamente utilizado nas constituições brasileiras, o Constituinte, intencionalmente sinalizou que a temática estava sendo colocada em primeiro plano na nova ordem jurídica.

Assim, existem normas cujo teor revela uma exigibilidade imediata, não necessitando de nenhuma providência para vigorar, e outras que possuem apenas teor programático, ou seja, trazem em si a determinação ao Estado para elaboração de programas e serviços que viabilizem a prestabilidade dos direitos sociais. No caso dos Direitos Fundamentais, verifica-se que tais normas traduzem comandos e não simples conteúdo reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É o que destaca Luis Roberto Barroso¹⁶¹:

[...] lembremos que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos [...] A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

¹⁶⁰ BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 58

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82

Percebe-se a preocupação do constituinte originário no que tange à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais relativas aos Direitos Fundamentais, já no artigo 5º, §1º, que determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Sobre o tema destaca Silva¹⁶²:

[...] essa declaração pura e simplesmente por si só não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-lo eficiente. Vimos a propósito o mandado de injunção. Acrescentemos que a ação de inconstitucionalidade por omissão é da mesma natureza. A iniciativa popular pode muito bem ser eficiente instituto de busca da integração das normas constitucionais dependentes de lei ordinária ou complementar, especialmente daquelas normas que traduzam direitos de interesse social. Sua existência por si só, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras dos Direitos Fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação. Por isso, revela-se por seu alto sentido político, como eminente garantia política de defesa da eficácia jurídica e social da Constituição.

Diante de tais premissas, é latente que os Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, possuem segura eficácia formal, pois há disposições normativas suficientes que asseguram sua eficiência, cabendo obrigatoriamente, sua concretização como função primordial do Estado, exigindo dos entes públicos o desempenho ativo no sentido de realizar o acesso desses direitos às pessoas que deles necessitam, facultando, caso não disponibilizados, a interferência do Poder Judiciário no sentido de dar cumprimento à norma infringida.

Obviamente, quando a norma de direito fundamental for uma norma de eficácia objetiva e eficácia subjetiva haverá uma relação entre deveres e Direitos Fundamentais, mas mesmo esta relação não se irá caracterizar por uma correspondência. Neste aspecto, o correspondente ao direito será uma

¹⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. p. 467.

obrigação e não um dever.¹⁶³ Os deveres fundamentais são autônomos e independem da existência de um direito fundamental.

No dizer de Canotilho¹⁶⁴ “[...] os deveres fundamentais reconduzem-se a normas jurídico-constitucionais autônomas que podem até relacionar-se com o âmbito normativo de vários direitos”.

Existem situações em que um direito fundamental necessitará ser avaliado conjuntamente com outros Direitos Fundamentais ou princípios constitucionais, circunstância em que deverá ser empregado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Poder Judiciário deverá interferir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se prejudicado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito avaliações, à luz dos embates de direitos e de princípios, o Poder Judiciário deverá ser condescendente para com elas, em respeito ao princípio democrático.¹⁶⁵

O desenvolvimento das sociedades ao longo do tempo tem evidenciado a constante batalha pelo aprimoramento e bom funcionamento das instituições que compõem e decidem dentro do Estado. Em razão de excessos e transgressões de direitos, quando apenas uma destas instituições passa a ter a faculdade de dar a última palavra, passou-se a estabelecer hipóteses de fragmentação e limitação dos poderes.

Diante de tais afirmações, verifica-se que, as alternâncias são verdadeiramente importantes e necessárias para o desenvolvimento das instituições estatais, vez que, quando desprovidos de consentimento popular,

¹⁶³ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 532

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2007. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf. Acesso em 20 Jul 2017. p. 11.

destinam-se a emendar suas falhas no sentido de adquirir nova aprovação e credibilidade.

Então, revela-se perfeitamente acessível e cabível a evolução da teoria da separação dos poderes e não sua eliminação, já que a ausência da fragmentação das funções do Estado ocasionaria um recuo do Direito e o regresso de decisões unitárias e parciais.

Diante disso, percebe-se que a hermenêutica aplicada no Brasil não tende à unicidade do Direito, mas sim, à proteção tendenciosa dos interesses particulares de quem detêm o poder de mando. Tais afirmações estão em evidência nos casos de controle de constitucionalidade, pois cabe ao Judiciário se manifestar a respeito da atuação, por vezes inconstitucionais, de outra instituição, aumentando ainda mais os conflitos e as tensões.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUSTENTABILIDADE

A Sustentabilidade segundo Juarez Freitas¹⁶⁶ é o princípio constitucional que estabelece, com eficiência objetiva e imediata, o encargo do Estado e da sociedade pela materialização do “desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”.

Para Celso Antonio Fiorillo¹⁶⁷ a Sustentabilidade consiste no pensamento de capacitação global para a preservação da vida humana equilibrada, conseqüentemente, da proteção ambiental, da extinção ou diminuição de outras mazelas sociais que agem contrárias a esperança do retardamento da sobrevivência do homem na Terra.

A Sustentabilidade compreende não somente na relação entre econômico e ambiental, mas do equilíbrio humano frente às demais

¹⁶⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

¹⁶⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92.

problemáticas, neste contexto pensar em Sustentabilidade é pensar em Direitos Fundamentais, em Dignidade Humana, em concretização dos Direitos para todos. Desta forma, afirma Gabriel Real Ferrer¹⁶⁸:

En términos jurídicos, el derecho de la sostenibilidad es un derecho pensado en términos de especie y en términos de resolver problemas globales. Trae parte de la estructura clásica de los órdenes jurídico, social, económico y ambiental, que son propios de los Estados soberanos, pero desborda claramente ese ámbito. Su vocación es aportar soluciones que sirvan a todos, sin importar dónde se encuentren o dónde nacieron. Pretende aportar la esperanza de una sociedad futura global y mejor.

A Sustentabilidade foi pensada inicialmente a partir de uma trilogia: ambiental, social e econômica, mas como a sociedade é muito complexa, foi acrescida uma quarta dimensão, a tecnológica. Mas, independentemente de quantas dimensões forem evidenciadas, não se pode fugir da trilogia proposta por Gabriel Real Ferrer¹⁶⁹, de que “A mi juicio, el triángulo que definirá nuestro futuro es el formado por el medio ambiente, la sociedad y la técnica”.

Destaca-se que com a ideia de Sustentabilidade, presente está a inclusão, o evitar a marginalização, a incorporação de modelos de governança, o desenvolvimento e a distribuição da riqueza. Ou seja, os elementos que visam dignificar a vida, bem como garantir a sobrevivência, e as condições de vida digna¹⁷⁰.

O uso relativamente generalizado da expressão “sustentável” revela, no mínimo, uma relativa preocupação a respeito da problemática ambiental com que o mundo se apresenta na atualidade. Sabe-se, entretanto, que ela tem sido empregada em diversas situações para

¹⁶⁸ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos** - NEJ, Itajaí, Univali, v. 17, n. 3, p. 320. set-dez 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413>. Acesso em 15 jun. 2017.

¹⁶⁹ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos** - NEJ, p. 320.

¹⁷⁰ Veja: BRUSCO, Andrea. El PNUMA y el Derecho ambiental. **Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales**. Disponível em: <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/2%20DERECHO%20Y%20GOBERNANZA/2%20Andrea%20PNUMA%20y%20el%20derecho%20amb.pdf>. Acesso 15 jun. 2017.

caracterizarem práticas também distintas. Aliás, é comum a utilização de tal classificação com significado de “responsabilidade social”.¹⁷¹

Constata-se que a garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se diretamente ligada à prática e consecução dos demais Direitos Fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a vida, a saúde, o lazer, a qualidade de vida, o bem-estar.

No entender de Paulo Afonso Leme Machado¹⁷² “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a vida e a dignidade das pessoas, núcleo essencial dos Direitos Fundamentais”.

Assim, o reconhecimento da Sustentabilidade como direito fundamental tem poder de agenciar a superação da sua utilização apenas no plano das ideias, já que ser sustentável não será mais uma prática facultativa, mas obrigatória, e cujo conteúdo será disciplinado pelo Estado, através de Lei Fundamental.

Essa nova dimensão sócio-política presente na realidade brasileira, precisa de um alicerce da relação entre indivíduos, sociedade, economia e poder político. Um dos pontos de vista de tal alicerce consiste na elaboração constitucional de um modelo de efetivação jurídica do desenvolvimento sócio-ambiental sustentável, que, nascido do discurso econômico, gerencial, administrativo e ecológico, deve assumir a posição de linguagem normativa constitucional.¹⁷³

¹⁷¹ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: A concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do Direito. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/208>>. Acesso em: 12 Jun. 2017.

¹⁷² SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 70.

¹⁷³ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: A concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do Direito. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**.

Sob tal apresentação a Sustentabilidade, no entender de Luciana Poli e Bruno Hazan¹⁷⁴:

[...] é compreendida como um princípio sistêmico a orientar as decisões judiciais e a legitimar a atuação criativa do juiz, principalmente se considerada a responsabilidade do homem com as gerações futuras. Assim, a atuação jurisdicional é fundamental para o fomento de ações sustentáveis, conformando a autonomia, de certa forma, às metas de Sustentabilidade.

Paralelamente aos direitos, as normas constitucionais fundamentais impõem deveres, e estes deveres resgatam a responsabilidade e o compromisso estatais e sociais com a preservação do ambiente.

Vale destacar o pensamento de Canotilho¹⁷⁵, “o recorte de um dever fundamental ecológico, em nome da justiça intergeracional, pode implicar a tomada de consideração do ambiente no balanceamento de direito, acentuando-se os ‘momentos de dever’ até agora desprezados na dogmática jurídica”.

Cumprе esclarecer que as normas de Direitos Fundamentais estabelecem determinações vinculativas, que não se confundem com meras determinações facultativas ou programáticas.

Ainda na mesma ideia José Gomes Canotilho¹⁷⁶ esclarece:

No plano prático, a consideração do ambiente como tarefa ou fim normativo constitucional consagrado implica a existência de autênticos deveres jurídicos dirigidos ao Estado e demais poderes públicos. Estes deveres jurídicos subtraem à disponibilidade do poder estadual a decisão sobre a proteção ou não proteção do ambiente. Por outras palavras: não está na livre disposição dos poderes públicos decidir se o ambiente (os elementos naturais da vida) deve ou não ser protegidos e defendidos. A imposição constitucional é clara: devem.

¹⁷⁴ POLI, Luciana Costa; HAZAN, Bruno Ferraz. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Jul/Dez 2013. ISSN: 1982-0496. v 14, n. 14.1. p. 226.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora. 2004. p. 178.

¹⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. p. 178.

O reconhecimento da Sustentabilidade como um princípio jurídico de outros ramos do Direito, não só do Direito Ambiental, tais como o Direito Agrário, Minerário, Urbanístico, Administrativo, do Trabalho, do Consumidor, entre outros, revela a intenção de dotá-los de uma unidade teórico-normativa enquanto desdobramentos da unidade semântico principiológica da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷⁷, e neste contexto que se deve entender a Sustentabilidade como elemento fundamental quando se pensa na possibilidade de Judicialização, Judicialização da Política ou do próprio Ativismo Judicial, visto que este novo paradigma¹⁷⁸ passa a ser fundamental na análise de qualquer situação jurídica.

3.3 O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para se colocar em prática as políticas e serviços públicos que assegurem a efetividade dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, cabe ao Estado elaborar a previsão orçamentária e aplicar este orçamento aos programas e serviços públicos contidos nas normas programáticas dos direitos sociais.

Para Bulos¹⁷⁹, mesmo que seja difícil para o Estado atingir de modo eficaz e satisfatório as necessidades de toda a coletividade, ainda assim, é seu dever procurar maneiras que diminuam a danificação aos direitos fundamentais.

Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados.

¹⁷⁷ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: A concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do Direito. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, dez. 2011.

¹⁷⁸ Veja: FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo; GLASENAPP, Maikon Cristian. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Univali, Itajaí, v. 19, n. 4 (2014). Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712/3833>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁷⁹ BULOS, Uadi Lamnêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 620.

Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprir plenamente, criando, sem distinções, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais, principalmente num país de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente. Surge então a importância de repensar o papel que a normatividade das constituições contemporâneas representa diante do caráter jurídico das normas dependentes de regulamentação legislativa, bem como a efetividade delas no cenário constitucional dos Estados. Isso tem que ver com os direitos sociais, nem sempre cumpridos, em razão do caráter restritivo, e até limitado, presente em sua configuração.¹⁸⁰

Através de um complexo mecanismo elencado na Constituição Federal, o plano orçamentário é organizado pelo Poder Executivo, remetendo-o à apreciação do Poder Legislativo, com o objetivo de assegurar a previsão de execução e a materialização dos Direitos Fundamentais.

Conforme se verifica, o sistema orçamentário está determinado a funcionar através de escalonamento, ou seja, primeiramente são instituídas as grandes orientações financeiras dos gastos e investimentos, para que, no decorrer do tempo, elas sejam redefinidas e implementadas, com o melhor detalhamento dos projetos a serem desenvolvidos¹⁸¹.

Conclui-se que os gastos imprescindíveis à implantação e manutenção dos serviços e políticas que permitem o acesso aos Direitos Fundamentais necessitam estar assegurados nas leis orçamentárias e, na eventualidade destes não atenderem às necessidades da coletividade, podem ser demandados por intermédio do Poder Judiciário, que deverá analisar cada caso em particular, determinando a efetividade, através de sentenças, que provocam ampliação de despesas para o Estado, compelindo-o ao reconhecimento de um direito originalmente não projetado no orçamento do poder público.

¹⁸⁰ BULOS, Uadi Lamnêgo. **Curso de direito constitucional**. p. 620.

¹⁸¹ SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 138.

Luis Roberto Barroso¹⁸² explica que:

O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da Sociedade com as instituições judiciais. É certo que os métodos de atuação e argumentação empregados por juízes e tribunais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político.

Segundo Lênio Luiz Streck¹⁸³, Ativismo Judicial e Judicialização da política são coisas que se confundem, na teoria constitucional contemporânea do início do século XXI, especialmente por fazerem parte de um gênero maior, o protagonismo judicial. Portanto, “enquanto se tem no Ativismo Judicial a feição promotora dos fins sociais (pro)postos na Constituição, na Judicialização, encontra-se um movimento migratório do poder decisório próprio do Legislativo para o Judiciário”.

O protagonismo judicial é condição indispensável para a efetiva proteção dos direitos sociais e para a estabilidade da democracia. Nesse contexto, Octavio Campos Fischer¹⁸⁴ leciona que pela dificuldade do Poder Público em respeitar e realizar, espontaneamente, a Constituição demanda-se, um maior Ativismo Judicial.

Não se pode admitir a tese de que a Constituição é norma e, na prática, assemelhá-la a uma folha de papel, com a alegação de que o princípio

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 47.

¹⁸⁴ FISCHER, Octavio Campos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 280-281.

da separação dos poderes não permite que o Judiciário tome, espontaneamente, atitudes próprias de outros órgãos, na omissão destes. Afinal, este princípio deve servir à Constituição e aos Direitos Fundamentais e não ser um fim em si mesmo.¹⁸⁵

Assim, juízes e tribunais vêm abdicando de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política dialogando com a sociedade e visando a defesa dos princípios e Direitos Fundamentais consagrados pelo Estado democrático.

Enfraquecidos em meio a um emaranhado de questionamentos técnicos, éticos e morais, os poderes Executivo e Legislativo encontram-se descredenciados perante os cidadãos, que lançam então seu olhar de esperança sobre o terceiro tripé da República: o Judiciário.

Diante de tais circunstâncias, nota-se o esforço dos Tribunais no sentido de tentar aplacar a crise instalada entre as três grandes arenas políticas do governo e minimizar as violações decorrentes, que ameaçam os direitos e garantias fundamentais.

3.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste tópico serão apresentados alguns temas enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal - STF, com uma sinopse dos fatos e qual a decisão tomada. “A retrospectiva evidencia a predominância de assuntos relacionados à crise política e à crise econômica na pauta do STF, bem como o seu papel destacado na defesa de direitos”.¹⁸⁶

¹⁸⁵ FISCHER, Octavio Campos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. p. 280-281.

¹⁸⁶ BARROSO. Luis Roberto; OSÓRIO, Aline. Os dez temas mais importantes do STF em 2016. **Consultor jurídico**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2016-parte.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017

3.4.1 Aborto em feto anencéfalo¹⁸⁷

Com julgamento favorável, o caso chegou ao STF através de ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), cuja ementa se destaca:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

No caso em questão, a Confederação pretendia a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação usualmente utilizada, dos artigos 124¹⁸⁸, 126¹⁸⁹ e 128, I e II¹⁹⁰, do Código Penal¹⁹¹. Tais interpretações vedavam a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, necessitando de ordem judicial para tal procedimento.

Destaque-se que a arguente busca apenas que os referidos enunciados fossem interpretados conforme a Constituição, argumentando que a

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

¹⁸⁸ “Art. 124. - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2017.

¹⁸⁹ “Art. 126. - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

¹⁹⁰ “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

¹⁹¹ BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 Ago 2017.

antecipação terapêutica do parto não consubstanciaria crime de aborto, já que apenas feto com capacidade de ser pessoa poderá ser sujeito passivo do crime de aborto.

Houve discussões em relação a adequação da via proposta tendo sido, por maioria, admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No decorrer do julgamento houve alguns pedidos de ingresso ao processo, na condição de *amicus curiae*, das seguintes entidades: da CNBB¹⁹², da Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e da Associação pelo Desenvolvimento da Família, todos inicialmente negados.

Posteriormente, em relação ao tema da ação, em seu voto o relator Ministro Marco Aurélio Mello destacou, além de outros argumentos, que "Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez (de anencéfalo)"¹⁹³, opinando pela descriminalização do aborto de anencéfalos.

O relator defendeu a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Além dele, votaram a favor da referida inconstitucionalidade os ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Com votos contrários, foram os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

O Ministro Cezar Peluso, ao opinar contrariamente, argumentou:

¹⁹² Conferência Nacional dos Bispos do Brasil.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.

A ação de eliminação intencional da vida intrauterina de anencéfalos corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica dialética capaz de me convencer do contrário [...] Ser humano é sujeito. Embora não tenha ainda personalidade civil, o nascituro é anencéfalo ou não investido pelo ordenamento na garantia expressa, ainda que em termos gerais, de ter resguardados seus direitos, entre os quais se encontra a proteção da vida¹⁹⁴.

Ao se verificar a situação apresentada, observa-se que juridicamente, com base na legislação vigente à época, não haveria justificativa jurídica para autorizar a possibilidade do aborto de anencéfalo. Mas, considerando os elementos sociais, psicológicos e emocionais que conduziram o caso, observa-se que por maioria a Suprema Corte brasileira extrapolou a base jurídica nacional, caracterizando assim, aquilo que foi conceituado, neste trabalho como Ativismo Judicial. A Corte “criou” uma terceira hipótese de impunidade ao aborto, além das duas já previstas no Código Penal.

3.4.2 Inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos¹⁹⁵

Chegou ao Supremo Tribunal Federal -STF através de ação proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), visando esclarecer a interpretação do art. 14, §9º¹⁹⁶ da Constituição da República Federativa do Brasil, usualmente utilizada pelo TSE, recebendo a seguinte ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - POSSIBILIDADE DE MINISTROS DO STF, COM ASSENTO NO TSE, PARTICIPAREM DO JULGAMENTO DA ADPF - INOCORRÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE PROCESSUAL, AINDA QUE O PRESIDENTE DO TSE HAJA

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144 Distrito Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144_ementa.pdf. Acesso em: 21 jun. 2017.

¹⁹⁶ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

PRESTADO INFORMAÇÕES NA CAUSA - RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - EXISTÊNCIA, QUANTO A ELA, DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL - EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL - OBSERVÂNCIA, AINDA, NO CASO, DO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE - MÉRITO: RELAÇÃO ENTRE PROCESSOS JUDICIAIS, SEM QUE NELES HAJA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL, E O EXERCÍCIO, PELO CIDADÃO, DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA - REGISTRO DE CANDIDATO CONTRA QUEM FORAM INSTAURADOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE NATUREZA CRIMINAL, EM CUJO ÂMBITO AINDA NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE DEFINIR-SE, COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE, A MERA INSTAURAÇÃO, CONTRA O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, QUANDO INOCORRENTE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO ELETIVO, "VITA ANTEACTA" E PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E IMPRESCINDIBILIDADE, PARA ESSE EFEITO, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) - REAÇÃO, NO PONTO, DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR - CARÁTER AUTOCRÁTICO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, "N"), QUE TORNAVA INELEGÍVEL QUALQUER RÉU CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA DENÚNCIA POR SUPOSTA PRÁTICA DE DETERMINADOS ILÍCITOS PENAIIS - DERROGAÇÃO DESSA CLÁUSULA PELO PRÓPRIO REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), QUE PASSOU A EXIGIR, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, A EXISTÊNCIA, CONTRA ELE, DE CONDENAÇÃO PENAL POR DETERMINADOS DELITOS - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ALCANCE DA LC Nº 42/82: NECESSIDADE DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) - PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA - EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA - O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL - O PROCESSO PENAL

COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA - EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE - ENUMERAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) - RECONHECIMENTO, NO ENTANTO, DA FACULDADE DE O CONGRESSO NACIONAL, EM SEDE LEGAL, DEFINIR "OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE" - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) - IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, MESMO COM APOIO NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO VALOR FUNDAMENTAL, VERDADEIRO "CORNERSTONE" EM QUE SE ESTRUTURA O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA CONSAGRA EM RESPEITO AO REGIME DAS LIBERDADES E EM DEFESA DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - PRIVAÇÃO DA CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA E PROCESSOS, DE NATUREZA CIVIL, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE, TAMBÉM EM TAL HIPÓTESE, DE CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL - COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 (ART. 20, "CAPUT") COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 15, V, c/c O ART. 37, § 4º) - O SIGNIFICADO POLÍTICO E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA - RELEITURA, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DA SÚMULA 01/TSE, COM O OBJETIVO DE INIBIR O AFASTAMENTO INDISCRIMINADO DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE FUNDADA NA LC 64/90 (ART. 1º, I, "G") - NOVA INTERPRETAÇÃO QUE REFORÇA A EXIGÊNCIA ÉTICO-JURÍDICA DE PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E DE MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM DECISÃO REVESTIDA DE EFEITO VINCULANTE.

A arguente, embora não estivesse impugnando a Súmula 13/TSE¹⁹⁷, questionava a interpretação nela veiculada, decorrente de sucessivas decisões daquele tribunal, sobre a aplicabilidade imediata do § 9º do art. 14 da Constituição Federal.

¹⁹⁷ " Súmula-TSE nº 13: O Tribunal Superior Eleitoral, usando das atribuições que lhe confere o art. 23, inciso XV, do Código Eleitoral, resolve editar o seguinte verbete de súmula: "Não é auto-aplicável o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94". BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. Súmula TSE 13. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-13>. Acesso 20 jun. 2017.

Tal dispositivo estabelece que uma lei complementar avaliará os casos de inelegibilidade, levando em conta a vida pregressa dos candidatos, em razão das Justiças Eleitorais Estaduais terem negado registro a candidatos condenados em processos criminais e administrativos, independentemente do trânsito em julgado dessas decisões.

A AMB destacou em seus argumentos, que não haveria necessidade de lei complementar estabelecer os casos de inelegibilidade, visto que, sejam os casos previsto na Constituição, sejam os casos previstos na Lei Complementar, não poderiam ser os mesmos examinados com uma investigação de vida pregressa. No seu entender, “nas demais carreiras públicas nas quais o processo de seleção exige o exame da vida pregressa, as leis pertinentes não tratam de estabelecer os casos [...] é o quanto basta”¹⁹⁸.

O Chefe do Poder Executivo defendeu a plena validade da Lei Complementar n. 64/90¹⁹⁹, no que se refere aos preceitos normativos dela constantes, sustentando, a correção da interpretação dada pelo TSE no sentido de que a regra constante no dispositivo questionado não se qualifica como norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral.

A Câmara dos Deputados instada a se manifestar, informou que não lhe cabia examinar a interpretação dada ao referido preceito normativo, abstendo-se de discutir o tema.

O TSE defendeu sua interpretação, analisando que a exigência de uma honrada vida pregressa qualifica-se como inafastável condição de inelegibilidade e o Procurador Geral da República reconheceu a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a legitimidade da AMB, manifestando-se pela procedência dos pedidos.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144.

¹⁹⁹ BRASIL. Congresso nacional. Lei Complementar n. 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 20 jun. 2017.

O julgamento foi improcedente, sob dois embasamentos principais: a) havendo reserva de lei complementar, violaria a divisão funcional de Poderes decisão judicial que, na falta da lei, instituísse outras hipóteses de inelegibilidade; b) o acolhimento do pedido vulneraria os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Contrários à maioria os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Ayres Britto.

O referido julgamento representa um caso típico de Judicialização, já que o Poder Judiciário foi compelido a se manifestar sobre matéria de impacto social e político, interpretando a correta aplicação da norma criada.

3.4.3 Passe livre para deficientes no transporte coletivo²⁰⁰

A questão aportou no Supremo Tribunal Federal - STF através de ação proposta pela ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros, tendo sido julgado improcedente pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.899/94²⁰¹, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, cuja ementa destaca-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS - ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º,

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2649-6. Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 21 jun. 2017.

²⁰¹ BRASIL. Lei 8.899 de 29 de junho de 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8899.htm. Acesso em: 21 jun. 2017.

INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA. 1. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.9.2005. 2. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

A Autora afirma que o benefício conferido aos portadores de deficiência caracterizaria uma “ação de assistência social”, conforme art. 203 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁰², o que no seu entender, impõe a indicação da correspondente fonte de custeio, na forma do § 5º do art. 195²⁰³.

Alega ainda que ao não indicar a fonte de recursos por conta da qual correria tal despesa, o Poder Público deixa-a a cargo da empresa de transporte, promovendo-se, assim, verdadeira investida confiscatória no domínio privado, visto estar restringindo a utilização da plena capacidade da frota da empresa, sem qualquer contraprestação.

O Congresso Nacional prestou as informações solicitadas, destacando, finalmente, que o serviço de transportes é uma concessão pública,

²⁰² “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos [...]” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁰³ “ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais [...] § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

sujeita aos ônus decorrentes de políticas públicas, que podem eventualmente, comprometer percentual dos lucros dos concessionários.

A Presidência da República, o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República também se manifestaram pela improcedência dos pedidos.

A relatora Ministra Cármen Lúcia lançou como argumento contrário à inconstitucionalidade, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil, em 2007, e à preponderância do princípio da solidariedade, inscrito no art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁰⁴.

Destacou que a busca pela igualdade de oportunidades e possibilidades de humanização das relações sociais, uma das inegáveis tendências de sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional vigente, determina a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências especiais de seus portadores e toda a sociedade atue para os incluir no que seja compatível com as suas condições²⁰⁵.

Avaliou que a pessoa portadora de carências especiais há de ser considerada como um potencial usuário do serviço público de transporte coletivo interestadual. E como se cuida de titular de condição diferenciada, nesta condição haverá de ser cuidado pela Lei, tal como se com a legislação em comento.

A Corte, nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Tal julgamento representou um característico episódio de Judicialização, visto tratar de aplicação pura de Lei, sem nenhuma interferência

²⁰⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2649-6. Relatora Carmem Lúcia.

em decisões do poder Executivo ou Legislativo, mas exigência de cumprimento de norma. Não se discute aqui o mérito da decisão, se favorável ou contrário as questões de livre iniciativa e concorrência, mas estritamente a não interferência do poder Judiciário em aspecto decidido ou indicado pelo Legislativo e Executivo.

3.4.4 O rito do processo de *impeachment* ²⁰⁶

Logo no início do ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal STF julgou os Embargos de Declaração opostos pela Câmara dos Deputados em face da decisão do STF na ADPF 378²⁰⁷ e, por maioria, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, rejeitou o recurso, apontando a inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão de julgamento, cuja ementa se destaca:

Direito Constitucional. Embargos de declaração em ADPF. Inadmissibilidade de pedido consultivo. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Inviabilidade da pretensão de rejugamento da causa. Conhecimento parcial e desprovemento dos embargos. I. Conhecimento parcial do recurso 1. Muito embora os embargos tenham sido opostos quando o acórdão recorrido ainda não havia sido formalizado e publicado no órgão oficial, a embargante ratificou suas razões recursais no prazo legal, isto é, após a publicação do julgado. Assim, não há que se falar em intempestividade do recurso. Precedentes. 2. Em sua manifestação, a embargante apresentou 11 “questões paralelas”, formuladas em tese e sem relação direta com o objeto da ADPF. Não é possível valer-se de embargos de declaração para obter, em caráter consultivo, esclarecimentos de dúvidas pelo Poder Judiciário, sob pena de desnaturar a essência da atividade jurisdicional. Não conhecimento do recurso nesse ponto. II. No mérito 3. As alegações de que o acórdão recorrido incorreu em omissão, contradição ou obscuridade, bem como de que adotou premissas equivocadas não se sustentam. Todos os pontos questionados pela embargante foram enfrentados pelo Tribunal no julgamento da ADPF, de forma clara, coerente e fundamentada. 4. A partir de razões sólidas, a maioria dos Ministros concluiu que: (i) o Senado tem competência para instaurar ou não o processo de impedimento contra Presidente da República, cuja abertura tenha sido previamente autorizada pela Câmara dos Deputados; (ii) não

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em 16.03.2016; ADI 5.498, MS 34.127, MS 34.128, MS 34.130, MS 34.131, julgamento conjunto em 14.04.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF378LRB.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378.

são admissíveis candidaturas avulsas ou independentes para a formação da comissão especial de impeachment, e (iii) os nomes indicados pelos líderes partidários, para a comissão especial do procedimento de impeachment em curso, devem ser submetidos a ratificação ou não pelo Plenário da Câmara dos Deputados, em votação aberta. 5. Ainda que a embargante discorde das conclusões alcançadas pelo Tribunal, não pode pretender revê-las por meio de embargos de declaração. A via recursal adotada não se mostra adequada para, a pretexto de correção de inexistentes vícios internos do acórdão proferido, postular a renovação de julgamento que transcorreu de maneira hígida e regular. Precedentes. 6. Recurso conhecido parcialmente e, na parte conhecida, desprovido.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo PCdoB, objetivava a realização de uma filtragem constitucional da Lei n. 1.079/1950²⁰⁸, que define os crimes de responsabilidade e disciplina o processo de julgamento de tais delitos, de modo a tornar claro e estreme de dúvida o rito aplicável ao processo de impeachment do Presidente da República.

Por maioria a corte manteve o mesmo rito seguido em 1992, no caso de Fernando Collor. O relator Min. Luís Roberto Barroso, decidiu 3 questões principais: (i) impediu a apresentação de candidaturas ou chapas avulsas para a formação da comissão especial, (ii) definiu que a votação para a formação de tal comissão somente pode se dar por voto aberto, e (iii) afirmou a competência do Senado para deliberar sobre a instauração ou não do processo, em votação do Plenário, por maioria simples de votos²⁰⁹.

Desta feita, o processo teve seu reinício e a Câmara dos Deputados teve de realizar nova eleição para a comissão especial do impeachment, seguindo as determinações do Supremo.

Às vésperas do início da sessão do Plenário da Câmara dos Deputados, o STF realizou uma sessão extraordinária para julgar cinco ações, protocoladas naquele mesmo dia, que discutiam aspectos pontuais do rito do

²⁰⁸ ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Lei 1.079 de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm. Acesso em: 20 jun. 2017.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378.

impeachment (ADI 5.498²¹⁰, MS 34.127²¹¹, MS 34.128²¹², MS 34.130²¹³ e MS 34.131²¹⁴) e, por maioria, indeferiu os pedidos de medida cautelar formulados em todas as ações.

Como argumento o STF considerou que os questionamentos quanto ao procedimento de votação envolviam matéria *interna corporis*; reiterando que a função da Câmara dos Deputados é autorizar a instauração do processo contra o Presidente da República, se for o caso.

Para o caso, foi clara a situação da Judicialização, visto que a ação do STF foi para demonstrar a adequada forma do rito para o processo, isso é, demonstrou a correta interpretação da lei, sem interferência ou alterações em processos ou procedimentos quanto ao impeachment. Não tratou-se de uma transferência de poder para as instituições judiciais, mas somente em apresentar qual a adequada interpretação para o caso concreto.

3.4.5 Anulação da nomeação de Ministros de Estado ²¹⁵

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi ajuizada para questionar o Decreto Presidencial, de 02.03.2016, que nomeou o procurador de Justiça do Estado da Bahia Wellington César Lima e Silva para o cargo de Ministro de Estado da Justiça.

²¹⁰ Veja: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=314493>

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 34.127. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4964984>. Acesso em: 20 jun. 2017.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 34.128. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4964988>. Acesso em: 20 jun. 2017.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 34.130. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4965045>. Acesso em: 20 jun. 2017.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 34.131. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4965062>. Acesso em: 20 jun. 2017.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 388. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09.03.2016; e MS 34.070 e MS 34.071, Rel. Min. Gilmar Mendes, liminar deferida monocraticamente em 18.03.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338511>. Acesso em: 24 jun. 2017.

No julgamento o STF, por maioria, declarou inconstitucional a nomeação de membros do Ministério Público para o exercício de cargos que não tenham relação com as atividades da instituição, bem como a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, estabelecendo o prazo de 20 dias para a exoneração dos membros do MP que estejam nessa situação.

Argumentou que a interpretação correta do art. 128, §5º, II, d, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²¹⁶ é no sentido de equiparar o dispositivo ao art. 95, parágrafo único, I²¹⁷, relativo ao regime de vedações dos magistrados, de modo a impedir o exercício de qualquer outro cargo ou função pública por membros do Ministério Público.

Para a maioria do STF, entendimento diverso violaria a autonomia do MP, decorrente do princípio da separação de Poderes, bem como a forma federativa de Estado.

Na sessão de 20.04.2016, a Corte, por maioria, deliberou adiar o julgamento dos MS para que fossem julgados em conjunto com agravos regimentais interpostos nas ADPF 390 e ADPF 391, com objeto semelhante, que foram indeferidas liminarmente pelo Rel. Min. Teori Zavaski, por ausência de subsidiariedade.

Pouco tempo depois, com a publicação da exoneração do Ministro de Estado chefe da Casa Civil, o Min. Gilmar Mendes julgou prejudicados os mandados de segurança e o Plenário do STF não se manifestou sobre o mérito da decisão tomada pelo Ministro.

²¹⁶“Art. 128. O Ministério Público abrange: [...] § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: [...] II - as seguintes vedações: [...] d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²¹⁷ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: [...] Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Apesar da decisão final não ter sido pronunciada por falta de objeto (exoneração do ministro); entende-se que este seria um caso típico de Judicialização, visto ser uma análise de interpretação legislativa.

3.4.6 Afastamento da presidência e do mandato do presidente da Câmara dos Deputados²¹⁸

Ajuizada pelo Procurador Geral da República requerendo, no âmbito de inquéritos já instaurados (Inquérito 3.983²¹⁹ e Inquérito 4.146²²⁰), afastamento cautelar do então Presidente da Câmara dos Deputados, foi julgada procedente, com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE. COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA AO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA REFERENDADO PELO PLENÁRIO.

O Autor, fundamentado na existência de indícios que aquele parlamentar estaria utilizando o cargo e a função para “evitar que as

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.070. Rel. Min. Teori Zavascki, liminar concedida em 05.05.2016 e referendada pelo Tribunal Pleno no mesmo dia; ADPF 402, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ac4070.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Andamento do Processo n. 3.983 - Emb.decl. / Inquérito - 24/10/2016 do STF. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/397991029/andamento-do-processo-n-3983-embdecl-inquerito-24-10-2016-do-stf?ref=topic_feed. Acesso 25 jun. 2017.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Andamento do Processo n. 6.313 - Petição - 30/03/2017 do STF. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/444573237/andamento-do-processo-n-6313-peticao-30-03-2017-do-stf?ref=topic_feed. Acesso 25 jun. 2017.

investigações contra si tenham curso e cheguem a bom termo, bem como [para] reiterar as práticas delitivas, com o intuito de obter vantagens indevidas”.

Apontou o Autor, uma série de evidências de que o Deputado Eduardo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados, teria agido com desvio de finalidade para atender seus próprios interesses, além de tentar coagir testemunhas e tentar interferir na condução de investigações de natureza penal e disciplinar.

Em 03/05/2016, a Rede Sustentabilidade ajuizou a ADPF 402²²¹, requerendo o afastamento de tal parlamentar da presidência de casa legislativa, visto possuir denúncia criminal recebida contra si.

Na manhã do dia 05/05/2016, o Ministro Teori Zavascki deferiu a medida de afastamento requerida, por entender que haviam fortes indícios de que o parlamentar em questão, estava efetivamente valendo-se do cargo e do mandato parlamentar para interferir no processo penal a que respondia e para a prática de infrações penais, com riscos para a efetividade da jurisdição criminal e para a dignidade da própria casa legislativa²²².

No que se referia à ocupação da Presidência da Câmara, o Ministro Teori ao conceder a liminar de afastamento, argumentou que, como o requerido figurava como réu em ação penal por crime comum estaria impedido de assumir o exercício da Presidência da República, caso necessário. O STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou o deferimento da medida requerida.

A decisão ressalta que, com a iminência da instauração, pelo Senado Federal, do impeachment contra a presidente da República, o

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 402. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/referendoADPF402DT>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 402 Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoADPF402.pdf>. Acesso 25 jun. 2017.

Presidente da Câmara seria o substituto do cargo, sendo um dos requisitos para o exercício não ser réu em ação penal no Supremo.

Há Ativismo Judicial quando os julgadores extrapolam o texto constitucional, criando regras novas no lugar do Legislativo. No caso do Presidente da Câmara não aconteceu isso. Houve, sim, controle salutar com o propósito de que evitar uma continuidade delitiva, configurando-se assim, caso típico de aplicação adequada da lei, Judicialização .

3.4.7 Execução da pena após decisão condenatória de 2º grau ²²³

Sob a relatoria do Min. Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal, entendeu, por maioria, que a Constituição admite a prisão do condenado após a decisão em segundo grau – vale dizer, após a condenação por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal –, independentemente do trânsito em julgado da decisão, isto é, enquanto ainda cabíveis recursos especial e extraordinário. Votos vencidos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Foi uma importante mudança de entendimento. Ao julgar o HC 126.292²²⁴, voltou a decidir da mesma forma que fazia desde a promulgação da Constituição até o ano de 2009.

O relator Min. Luís Roberto Barroso destacou que após a condenação em segundo grau, o peso do princípio da presunção de inocência é superado pela necessidade de efetividade da persecução penal, que protege bens jurídicos valiosos para o ordenamento constitucional, como a vida, a propriedade, a integridade física das pessoas e a probidade administrativa.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento concluído em 17.02.2016; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento da cautelar em 05.10.2016; ARE 964.246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento pelo plenário virtual concluído em 11.11.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 24 jun. 2017.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Na sequência, ao julgar em Plenário Virtual o ARE 964246, o Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão e reafirmou a jurisprudência da Corte, fixando a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.

Entende-se que o caso específico está estritamente relacionado a uma questão de Judicialização, visto ser tema de interpretação legislativa, não havendo demonstração de que o Judiciário extrapolou a possibilidade jurídica.

3.4.8 Vaquejada ²²⁵

Ajuizada pelo Procurador Geral da República – PGR, buscando a declaração de Inconstitucionalidade da Lei n. 15.299²²⁶ do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural. A corte julgou procedente a ação, cuja ementa se destaca:

PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade.

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento concluído em 06.10.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

²²⁶ CEARÁ. Lei 15.299 de 08 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>. Acesso em: 28 jun. 2017.

da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

Argumentou a PGR que a prática da vaquejada pode causar severas lesões tanto nos bovinos envolvidos na prática esportiva, quanto nos próprios cavalos utilizados pelos esportistas. Para corroborar tal assertiva, a PGR utilizou laudos técnicos de especialistas que confirmam a possibilidade de lesões nos animais envolvidos na prática. Dessa forma, tal prática seria perniciosa ao meio ambiente e, utilizando-se da ponderação, deveria ser declarada inconstitucional, principalmente porque, diferentemente, do que acontecia no passado, os bovinos de hoje, são açoitados, enclausurados e instigados.

Sustentou que a norma em questão se encontra em confronto com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, precisamente com o art. 225, § 1º, VII²²⁷, já que no seu entender, deve-se dar maior peso à preservação do meio ambiente.

A vaquejada é avaliada como uma prática desportiva, atrelada às tradições no meio rural, na qual uma dupla de vaqueiros busca derrubar o boi e arrastá-lo para uma área delimitada na arena, reunindo grande número de espectadores e movimentando um porte econômico anual considerável.

O governo do Estado do Ceará se pronunciou sobre a importância histórica da referida manifestação cultural, destacando que a norma atacada impõe medidas protetivas de integridade física e da saúde dos animais, estabelecendo sanções às condutas abusivas e de maus-tratos.

A Advocacia Geral da União se manifestou pela procedência do pedido, argumentando que, embora deva ser atribuído valor cultural, a referida manifestação, a mesma expõe os animais a mais tratos e condutas abusivas.

²²⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]. VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Por seis votos contra cinco, considerou inconstitucional o dispositivo que regulamentava a vaquejada, como prática desportiva e cultural, julgando procedente a ação.

No entender da maioria, tal dispositivo, ao regulamentar a vaquejada, afrontou a regra constitucional que veda a imposição de tratamento cruel contra os animais (CF/1988, art. 225, § 1º, VII), baseado em laudos técnicos, concluiu que a manifestação cultural da vaquejada implicava “inequívoco envolvimento de práticas cruéis contra bovinos”.

Apesar de não reconhecer explicitamente que os animais são titulares de Direitos Fundamentais, certamente lhes atribuiu “peculiar dignidade” na medida em que não podem ser reduzidos à condição de mera coisa, possuindo, no mínimo, “o direito moral de não serem submetidos à crueldade”, conforme o voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

Foram votos vencidos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

No referido julgamento verificou-se presente o ativismo, visto ter sido utilizado um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, principalmente em relação à proteção dos animais.

Alerta-se que em 06 de junho de 2017, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 96²²⁸ que acrescenta o parágrafo 7º ao art. 225 da Constituição que passou a ter a seguinte redação:

Art. 225 § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do

²²⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional 96 de 06 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm. Acesso em: 26 jun. 2017.

patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Esta emenda constitucional pareceu ser uma resposta a decisão tomada pelo STF com relação a vaquejada, isto porque a proposta da Emenda veio em resposta específica aos termos da lei 15.299 do Estado do Ceará, ou seja, “prática desportiva e cultural”.

3.4.9 Lei que autoriza uso da fosfoetanolamina sintética sem testes clínicos e registro na Anvisa²²⁹

O plenário do STF manifestou-se sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade - Processo n. 5.501 impetrada pela Associação Médica Brasileira sobre a Lei 13.269 de 13 de abril de 2016 que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna por pacientes diagnosticados com câncer, a despeito da falta de testes clínicos que comprovem a sua segurança e eficácia, e da ausência de registro sanitário perante a Agência competente.

O STF decidiu, por maioria e nos termos do voto do Relator, suspender a eficácia da Lei até o julgamento final.

O caso em específico trata de Judicialização simples, pelo fato de que a legislação brasileira possui exigências quando ao uso de medicamentos, e estes não foram apresentados de forma correta quanto a este caso específico.

Com base nestes casos em análise, observa-se que a Judicialização, a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial estão presentes na realidade jurídica brasileira, mas em específico o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política não se apresentam tão relevantes como se parece. Deve-se esta importância mais ao valor dado pela mídia na análise das situações do que propriamente pelos processos envolvidos.

²²⁹ BRASIL. Lei 13.269 de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm. Acesso em 30 jun. 2017.

Entende-se também que os resultados finais não foram prejudiciais a sociedade e sim contribuíram na concretização e eficácia dos Direitos Fundamentais e em todos os contextos estavam presentes as dimensões da Sustentabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação buscou analisar a efetivação dos Direitos Fundamentais no contexto nacional, vez que percebeu-se que houve uma grande procura pela atuação do Poder Judiciário na concretização destes direitos.

A ideia central do primeiro capítulo foi individualizar, dentre as diversas terminologias utilizadas na doutrina, o conteúdo ideológico do termo Direitos Fundamentais, constatando que tais direitos são uma reunião de garantias de que o ser humano é dotado nas suas relações com os particulares ou com o próprio Estado, tornando-se fundamentais quando encontram-se abrigados na Constituição Federal.

Então, os Direitos Fundamentais representam sempre a positivação dos direitos humanos em texto constitucional, o que lhe confere uma abrangência mais limitada devido ao seu conteúdo formal.

No que concerne à historicidade, uma das características dos Direitos Fundamentais, percebeu-se que vieram se desenvolvendo ao longo dos tempos como quaisquer direitos, que nasceram e se modificaram; seguindo-se as peculiaridades que lhes são próprias pela inalienabilidade, por serem direitos intransferíveis.

Verificou-se sobre os Direitos Fundamentais que, estes são classificados afirmados teoricamente em dimensões ou gerações, e, em razão da cumulatividade optou-se em utilizar o termo “dimensão” para classificá-los.

Os de primeira dimensão são os direitos individuais do Estado liberal. Os de segunda são os direitos sociais ligados à ascensão do Estado Social. Os de terceira dimensão, por sua vez, estão associados à ideia de solidariedade humana, de fraternidade. Os de quarta e quinta dimensões associam-se ao ideário globalização dos Direitos Fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional.

Não se pode recusar que a constituição teórica dos Direitos Fundamentais nasceu com um propósito bastante específico: limitar o poder do Estado. Para alcançar a esse escopo, a liberdade foi privilegiada e aplicada como direito fundamental, natural a todos os homens.

No segundo capítulo, antes de adentrar ao núcleo, que buscou diferenciar Judicialização e ativismo, realizou-se uma análise da teoria da separação de poderes.

Verificou-se que de acordo com a Teoria da Separação de Poderes, que para que os poderes sejam independentes e consigam frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitam certas garantias e prerrogativas constitucionais.

A ofensa ao princípio da separação dos poderes é um dos argumentos mais fortes de oposição à atuação do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais, visto que tal atuação importaria no apoderamento de competências do Legislativo e do Executivo. De acordo com tais argumentações, o Poder Judiciário deveria apenas aplicar as normas que disciplinam o modo como os Direitos Fundamentais devem ser providos pelo Estado.

Ficou demonstrado, ainda no segundo capítulo, o conceito de Judicialização, que consiste, basicamente, na obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente, quando presente na norma constitucional e, quando, de tal apreciação surge uma “nova interpretação” da norma, surge o ativismo.

O terceiro capítulo destacou o protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Fundamentais, pormenorizando julgamentos importantes realizados pelo Supremo Tribunal Federal, onde estiveram presentes o Ativismo Judicial e a judicialização.

O capítulo destacou ainda a importância da Sustentabilidade como direito fundamental e sua faculdade de conduzir a superação de seu

emprego apenas no plano das ideias. Ser sustentável não será uma alternativa e sim obrigatório, disciplinado por normas estatais.

O dever estatal de proteção ao ambiente pode ser apostado absolutamente pelo Poder Judiciário que, na ausência de legislação que discipline este dever, pode estabelecer a dimensão real da observância do dever para o caso concreto.

Por fim, da análise das premissas destacadas no trabalho, se confirmou a primeira hipótese, demonstrando que é possível realizar os Direitos Fundamentais da Constituição, verificando que tais direitos são dotados de caráter político-social, voltados a delinear a atuação do Estado para com a sociedade que o integra, devendo ser materializados com a efetivação de políticas públicas, que não dependam da atuação jurisdicional do Estado para sua concretização.

A realização dos Direitos Fundamentais deve ser a mais ampla possível. É tarefa básica do Estado democrático, e a própria legitimidade desse Estado depende do seu compromisso e empenho para proceder a essa realização.

A segunda hipótese também foi confirmada visto que, em meio a uma singela independência funcional, onde os demais poderes se revelam entrelaçados, o Poder Judiciário adentra caminhos que fogem de sua alçada, incorrendo em matérias cuja competência não lhe foi atribuída.

Tem-se discutido a atuação do Poder Judiciário por estar exercendo um controle judicial sobre as políticas públicas. Pode-se afirmar que, um comportamento será considerado correto se estiver em conformidade com o conjunto de normas reconhecidas como válidas pelas autoridades estatais.

Nesse sentido resta, portanto, confirmada a terceira hipótese que existe uma crescente corrente, voltada a efetivar as garantias fundamentais levadas ao crivo judicial, a qualquer custo.

O que se depreende das decisões atualmente emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, é que a linha divisória entre o exercício da função jurisdicional e o ativismo do judiciário é tênue e, a depender do caso concreto sob exame, pode-se enquadrar a prestação jurisdicional como ativismo judicial, tal como exemplificado em casos trazidos no capítulo 03.

Na medida em que a Constituição coloca à disposição mecanismos para a implantação das políticas públicas e para a proteção dos Direitos Fundamentais, desloca-se o centro da decisões, antes colocado no Legislativo e no Executivo, foi deslocado para o Poder Judiciário.

Finalmente, é importante destacar que a Dissertação não teve a intenção de esgotar o assunto, mas contribuir de forma doutrinária e acadêmica com a discussão sobre o assunto.

Quanto a metodologia, utilizou-se o método indutivo com as técnicas da pesquisa bibliográfica e documental.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAUJO, José Salvador Pereira. **Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade**. Revista Direito Ambiental e Sociedade. Caxias do Sul, v. 3, n° 01, 2013, p. 291. Disponível em: "<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/3627/2077>". Acesso em: 30 ago. 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf. Acesso em 20 Jul 2017. p. 11.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização , Ativismo Judicial e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas**. 2009, n 4, p. 1-29. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 15 abr. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. n 9. Bahia. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO. Luis Roberto; OSÓRIO, Aline. Os dez temas mais importantes do STF em 2016. **Consultor jurídico**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2016-parte.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017

BERMAN, José Guilherme. Ativismo Judicial, Judicialização da política e Democracia. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba. Disponível em:

revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/download/.../473. Acesso 25 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007. Acesso em: 20 maio 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional 96 de 06 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Congresso nacional. Lei Complementar n. 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 Ago 2017.

BRASIL. Lei 13.269 de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm. Acesso em 30 jun. 2017.

BRASIL. Lei 8.899 de 29 de junho de 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8899.htm. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. Súmula TSE 13. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-13>. Acesso 20 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.070. Rel. Min. Teori Zavascki, liminar concedida em 05.05.2016 e referendada pelo Tribunal Pleno no mesmo dia; ADPF 402, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ac4070.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2649-6. Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 Ceará. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento concluído em 06.10.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC / DF. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator(a). Min. Celso de Mello, DJ 04/05/2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 15 maio. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 759.543/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 28.10.2013. p. 7. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264763>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Andamento do Processo n. 3.983 - Emb.decl. / Inquérito - 24/10/2016 do STF. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/397991029/andamento-do-processo-n-3983-embdecl-inquerito-24-10-2016-do-stf?ref=topic_feed. Acesso 25 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Andamento do Processo n. 6.313 - Petição - 30/03/2017 do STF. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/444573237/andamento-do-processo-n-6313-peticao-30-03-2017-do-stf?ref=topic_feed. Acesso 25 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144 Distrito Federal. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144_ementa.pdf. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em 16.03.2016; ADI 5.498, MS 34.127, MS 34.128, MS 34.130, MS 34.131, julgamento conjunto em 14.04.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF378LRB.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 388. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09.03.2016; e MS 34.070 e MS 34.071, Rel. Min. Gilmar Mendes, liminar deferida monocraticamente em 18.03.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338511>. Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 402. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/referendoADPF402DT>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=314493>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento concluído em 17.02.2016; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento da cautelar em 05.10.2016; ARE 964.246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento pelo plenário virtual concluído em 11.11.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 São Paulo. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 34.127. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4964984>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 34.128. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4964988>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 34.130. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=49650>
45. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 34.131. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=49650>
62. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 402 Distrito Federal. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoADPF402.pdf>.
Acesso 25 jun. 2017.

BRUSCO, Andrea. El PNUMA y el Derecho ambiental. **Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales**. Disponível em:
<http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/2%20DERECHO%20Y%20GOBERNANZA/2%20Andrea%20PNUMA%20y%20el%20derecho%20amb.pdf>. Acesso 15 jun. 2017.

BULOS, Uadi Lamnêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do presidente da República**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **A Arte do Direito**: seis meditações sobre o direito. Tradução de Pinto de Aguiar. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CEARÁ. Lei 15.299 de 08 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Disponível em:
<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250070>. Acesso em: 28 jun. 2017.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antônio Calixto. A Sustentabilidade como um direito fundamental: A concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do Direito. **Veredas do Direito**: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, dez. 2011. Disponível em:
<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/208>>. Acesso em: 12 Jun. 2017.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEMARCHI, Clovis; COSTA, Ilton Garcia da; MAFRA, Juliete Ruanda. Da possibilidade de angariar efetividade aos Direitos Fundamentais através do Ativismo Judicial. OLIVIEIRO, Maurizia; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.) **Ativismo Judicial e Judicialização de políticas públicas**: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico. Recurso Eletrônico. Itajaí: Univali, 2016. t. 2.

DEMARCHI, Clóvis; FREITAS, Eduardo Silva de. A Judicialização como forma de garantir o direito à educação. **Revista Diálogos Possíveis**, Salvador, 2016. Disponível em: <http://faculdaadesocial.edu.br/revistas/index.php/dialogospossiveis/article/view/394>. Acesso 22 mar. 2017.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas, princípios, propósitos e processos**, São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2017.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Lei 1.079 de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm. Acesso em: 20 jun. 2017.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ**, Itajaí, Univali, v. 17, n. 3, p. 320. set-dez 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413>. Acesso em 15 jun. 2017.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo; GLASENAPP, Maikon Cristian. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Univali, Itajaí, v. 19, n. 4 (2014). Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712/3833>. Acesso em: 15 jun. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIRMINO, Nelson Flávio. **Curso de Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

FISCHER, Octavio Campos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Direito Tributário. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLI Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional**. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de Março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 Jul 2017.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1963.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. n. 57, 2002, p. 113-133. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf> Acesso em: 15 abr. 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Método, 2014.

MIRANDA, Jorge; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso Rodrigues; MARTIN, Nuria Belloso (Coords). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentário aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 Jul 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: Revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PECES-BARBA, Gregório. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2005.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Curso de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016. v. I.

POLI, Luciana Costa; HAZAN, Bruno Ferraz. O Ativismo Judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 14, n.14.1, jul/dez. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Flávio; BUGLIONE, Samantha; ROESLER; Claudia Rosane. Judicialização da política e a percepção da mídia impressa brasileira. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1929/1481>. Acesso 25 de mar. 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. AC 20120916487/SC (2012.091648-7) (Acórdão), 3ª Câ. de Direito Público Julgado, Rel. Pedro Manoel Abreu, j. em 26.08.2013. p. 1. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24141273/apelacao-civel-ac-20120916487-sc-2012091648-7-acordao-tjsc/inteiro-teor-24141274>. Acesso 20 mar. 2017.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e princípio da proporcionalidade no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Univali, Itajaí. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2302/1617>. Acesso em: 22 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na constituição federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAPREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi. **O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, vol. 07, nº 07, 2010, p. 19. Disponível em:

"<http://docplayer.com.br/8859402-O-direito-de-saber-a-nossa-historia-identidade-genetica-e-dignidade-humana-na-concepcao-da-bioconstituicao-1.html>". Acesso em 31 ago. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz Não é Deus**: Juge n'est pas Dieu. Curitiba: Juruá, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**. Limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THAMAY, Rennan Faria Kruger; HERANI, Renato Gugliano. **Jurisdição Constitucional Concentrada**. Curitiba: Juruá, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina; GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici; OLIVEIRA, Michele Cristina Souza Achcar Colla de (Coords.). **Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2016.

VIANNA, Luiz Werneck (et al.). **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. **Judicialização das Relações Sociais e Políticas**: Constituição, Esfera Pública e a Desestruturação da Política a Partir da Obra de Hannah Arendt. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. Jurisdição e políticas públicas: a eficácia dos Direitos Fundamentais e a politicidade do Poder Judiciário. **Revista de Doutrina do TRF4**, Porto Alegre. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao016/Marcelo_Wacheleski.htm. Acesso 30 mar. 2017.