

ADRIANO DA SILVEIRA BARROS DE MEDEIROS
JAIME JOSÉ DA SILVEIRA BARROS DE MEDEIROS
org.

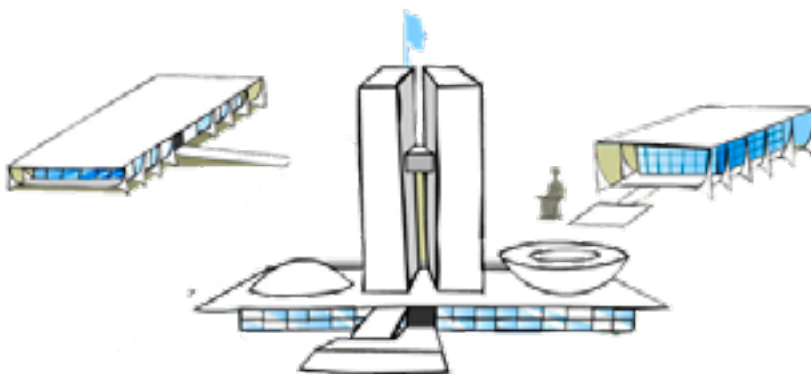
O ATUAL CENÁRIO POLÍTICO-SOCIAL BRASILEIRO À LUZ DO PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO



ADRIANO DA SILVEIRA BARROS DE MEDEIROS
JAIME JOSÉ DA SILVEIRA BARROS DE MEDEIROS

org.

O ATUAL CENÁRIO POLÍTICO-SOCIAL BRASILEIRO À LUZ DO PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO



Aracaju, 2019

O PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO-SOCIAL BRASILEIRO

*ADRIANO DA SILVEIRA BARROS DE MEDEIROS
JAIME JOSÉ DA SILVEIRA BARROS DE MEDEIROS*

Editora-Chefe: Vanina Cardoso Viana Andrade

Conselho editorial:

Diego Ramos Feitosa
Jéssika Lima Santos
Júlio César Nunes Ramiro
César de Oliveira Santos
Kelly Cristina Barbosa
Salim Silva Souza

Capa: Thiago Estácio

Projeto gráfico e diagramação: Thiago Estácio

Nenhuma parte dessa obra pode ser utilizada ou
reproduzida sem autorização dos editores.

©2019 by Adriano da Silveira Barros de Medeiros,

Jaime José da Silveira Barros de Medeiros

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A886 O atual cenário político-social brasileiro à luz do protagonismo
institucional do judiciário [recurso eletrônico] / Adriano da Silveira Barros
de Medeiros, Jaime José da Silveira Barros de Medeiros organizadores –
Aracaju: IFS, 2019.
85 p.: il.

Formato: e-book
ISBN 978-85-9591-117-8

1. Político-social. 2. Poder Judiciário. 3. Constituição Brasileira.
I. Medeiros, Adriano da Silveira Barros de. II. Medeiros, Jaime José
da Silveira Barros de.

CDU: 32:347.9(81)

Ficha catalográfica elaborada pela Direção Geral de Bibliotecas do IFS

IFS

Avenida Jorge Amado, 1551 - Loteamento Garcia
Bairro Jardins - Aracaju / Sergipe.

CEP.: 49025-330 TEL: 55 (79) 3711-1437. E-mail: edifs@ifs.edu.br.

Impresso no Brasil – 2019



Ministério da Educação

**Instituto Federal de Educação, Ciência e
Tecnologia de Sergipe**

Presidente da República

Jair Messias Bolsonaro

Ministro da Educação

Abraham Bragança de Vasconcellos Weintraub

Secretário da Educação Profissional e Tecnológica

Ariosto Antunes Culau

Reitora do IFS

Ruth Sales Gama de Andrade

Pró-reitora de Pesquisa e Extensão

Chirlaine Cristine Gonçalves

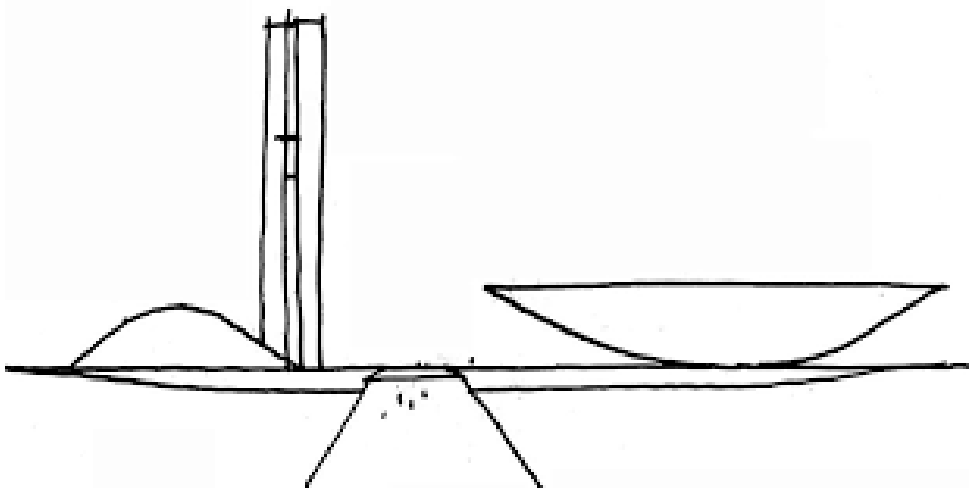
SOBRE OS ORGANIZADORES

ADRIANO DA SILVEIRA BARROS DE MEDEIROS

Especialista em Direito do Estado (UNIFG), Especialista em Direito Tributário (IBET), Bacharel em Direito (UFPB)

JAIME JOSÉ DA SILVEIRA BARROS DE MEDEIROS

Doutor em Engenharia Agrícola (UFCG); Mestre em Recursos Naturais (UFCG); Especialista em Ecoturismo: Interpretação e Planejamento de Atividades em Áreas Naturais (UFLA); Bacharel em Turismo com Habilitação em Planejamento e Organização do Turismo (UFPB)



AGRADECIMENTOS

Ao Instituto Federal de Sergipe (IFS) pelo empenho e dedicação à pesquisa, contribuição para o desenvolvimento da ciência e pela oportunidade de publicação deste livro.

A Deus pela sabedoria e discernimento nos momentos de tristeza e dúvida.

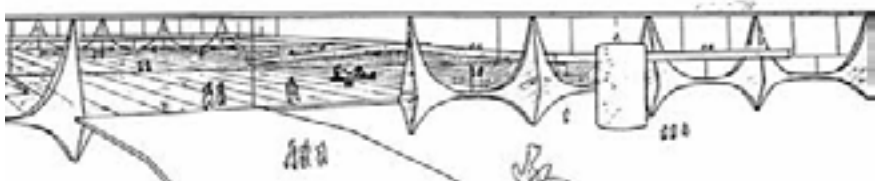
À Gláucia Holanda de Medeiros, por sempre ter acreditado, mesmo quando desacreditávamos, mostrando-nos a importância do estudo, esforço, perseverança, integridade e lealdade na vida.

Ao Professor Dr. Dirley Da Cunha Júnior, pela atenção, respeito e disponibilidade sempre que requisitado.



**“Certamente que a bondade
e a misericórdia divina me segui-
rão todos os dias da minha vida”.**

Trecho do Salmo 23



APRESENTAÇÃO

O atual cenário político-social brasileiro tem demonstrado um certo protagonismo Institucional do Poder Judiciário. A falta de efetividade de vários direitos fundamentais, consagrados na Constituição, tem gerado uma recorrente violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante desse cenário, em que a dignidade da pessoa humana é tratada com descaso, procura-se entender o verdadeiro viés interpretativo do protagonismo do Poder Judiciário, na medida em que, simultaneamente, a esse processo, ocorre uma evidente retração na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Partindo-se, portanto, do arcabouço teórico existente, identifica-se o protagonismo do Poder Judiciário no atual cenário político-social brasileiro através da análise da evolução histórica do Princípio da Separação dos Poderes e suas respectivas nuances; a avaliação da judicialização das relações sociais como mecanismo para se alcançar a efetividade dos direitos fundamentais; bem como do exame das críticas consistentes e relevantes acerca da expansão do Poder Judiciário.

O protagonismo do Poder Judiciário, de fato, existe e deve ser tratado de forma positiva e necessária, uma vez que o interesse público deve prevalecer diante de qualquer circunstância. Não se trata de um protagonismo deliberado, isto é, baseado na simples intenção de ofuscar a atuação dos demais Poderes. O se busca é a efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles que constituem o núcleo essencial de qualquer pessoa, ratificando a dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição, bem como meta-princípio ou postulado hermenêutico que deve servir de filtro para qualquer atuação do Estado.

Adriano da Silveira Barros de Medeiros

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	15
2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUAS NUANCES....	19
3. JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS COMO FATOR PREPONDERANTE PARA A IMPLEMENTAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
3.1 Direitos Humanos Versus Direitos Fundamentais	29
3.2 Os Direitos Fundamentais e Suas Dimensões Objetiva e Subjetiva ...	30
3.3 Gerações (Dimensões) de Direitos Fundamentais	31
3.4 A Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial como Vetores Hermenêuticos no Protagonismo Institucional do Judiciário	35
3.5 A Judicialização das Relações Sociais e da Política	41
4. CRÍTICAS ACERCA DO PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO	69
5. CONCLUSÕES	77
6. REFERÊNCIAS	81



1. INTRODUÇÃO

O atual cenário político-social brasileiro tem demonstrado um certo protagonismo Institucional do Poder Judiciário. Para alguns estudiosos sobre o assunto, o protagonismo é consequência da dinâmica natural do processo democrático, no entanto, existe uma outra parcela de estudiosos que traduz esse fenômeno como algo invasivo e, muitas vezes, inconstitucional, justamente, pela existência do Princípio da Separação dos Poderes que procura limitar constitucionalmente a atuação de cada Poder, bem como resguardar o Estado Democrático de Direito.

A partir das premissas acima levantadas, passando por um processo necessário de releitura, o Princípio da Separação dos Poderes despir-se-á das suas vestes clássicas para ser inserido num universo onde o entrosamento entre os Poderes deve existir de forma mais ampla e irrestrita. A democracia, portanto, pautar-se-á pela busca da satisfação dos direitos fundamentais e não pela formulação clássica de separação dos Poderes idealizada por Montesquieu.

A falta de efetividade de vários direitos fundamentais, consagrados na Constituição, tem gerado uma recorrente violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante desse cenário, em que a dignidade da pessoa humana é tratada com descaso, procura-se entender o verdadeiro viés interpretativo do protagonismo do Poder Judiciário, na medida em que, simultaneamente, a esse processo, ocorre uma evidente retração na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Não se pode olvidar, no entanto, que o Poder Judiciário se encontra constitucionalmente envolvido pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, caso seja provocado, deve se manifestar. Em contraponto a essa obrigatoriedade, temos a grande margem de discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais acabam se utilizando dessa prerrogativa para não tomarem decisões políticas importantes que vão de encontro à opinião pública.

Partindo-se, portanto, do arcabouço teórico existente, objetivou-se identificar o protagonismo do Poder Judiciário no atual cenário político-social brasileiro através da análise da evolução histórica do Princípio da Separação dos Poderes e suas respectivas nuances; da avaliação da judicialização das relações sociais como mecanismo para se alcançar a efetividade dos direitos fundamentais; bem como do exame das críticas consistentes e relevantes acerca da expansão do Poder Judiciário.

Diante do exposto, vale-se ressaltar que essa pesquisa se utilizou de técnicas descritivas e explicativas com abordagem qualitativa, através da revisão bibliográfica de grandes nomes do Direito Constitucional, bem como de várias decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, buscando, dessa forma, compreender o fenômeno do protagonismo Institucional do Poder Judiciário de forma mais abrangente.



2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUAS NUANCES

O grande filósofo grego Aristóteles implementou, através da fragmentação das funções administrativas da *pólis*, as primeiras bases de uma possível teoria da separação de poderes, na medida em que defendia de forma precípua a necessária separação entre administração de governo e solução de litígios existentes na comunidade. (FERNANDES, 2018)

Embora inúmeros doutrinadores defendam que o Princípio da Separação dos Poderes surgiu a partir da obra intitulada “Do Espírito Das Leis” do célebre filósofo francês Montesquieu, existe uma parcela de doutrinadores que atribuem ao filósofo inglês Jonh Locke a autoria original do Princípio Separacionista. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Jonh Locke, em sua grande obra *Two Treatises of Government*, surgida em 1690, defendeu os princípios de liberdade política trazidos pela revolução inglesa de 1688, bem como colocou-se contra o absolutismo real. Todos esses acontecimentos, portanto, corroboram com o entendimento daqueles que atribuem a Jonh Locke o surgimento do Princípio da Separação dos Poderes, apesar de sua teoria preconizar uma separação dual, isto é, apenas entre o Legislativo e o Executivo. (CUNHA

JÚNIOR, 2019)

Montesquieu¹ deixa claro que, embora faça parte da nobreza monarquista, que vivia em constante busca para justificar o poder monárquico absolutista, a sua preocupação estava atrelada à estabilidade das instituições, independentemente do regime político adotado.

Nesse contexto, Montesquieu¹ é conduzido pela necessidade de encontrar os fatores preponderantes para que houvesse uma longa estabilidade das instituições. Dentre esses fatores pode-se ressaltar que o funcionamento das instituições políticas era consequência de dois pilares: a natureza e o princípio de governo.

Enquanto a natureza se explica através da pessoa que detém o poder, ou seja, a monarquia é um governo de um só, exercido por instituições e leis fixas e a república é um governo do povo, considerado em seu todo ou apenas em parcela (no caso das repúblicas aristocráticas). Quando falamos em despotismo, não temos leis ou instituições, isto é, prevalece a vontade de um só sem submetê-la a nenhum tipo de crivo. O princípio expressa a forma como o poder é exercido, ou seja, o comportamento humano que cada relação de poder provoca.

Mesmo para aqueles que defendem ser John Locke o autor original do Princípio da Separação dos Poderes, existe o consenso de que foi Montesquieu que trouxe de forma definitiva a atual roupagem da separação das funções estatais, na medida em que ele preconiza que todo Estado deve dividir suas funções de forma tripartite, ou seja, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Montesquieu temia pela liberdade do povo, defendendo, dessa forma, a separação de funções- terminologia mais adequada -já que o poder político do Estado é uno e indivisível. O que se separa, de fato, são as funções estatais, que devem ser exercidas por diferentes órgãos com o intuito de garantir limitações mútuas entre eles. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

O controle defendido por Montesquieu, o qual ficou conhecido como freios e contrapesos, buscou evitar a usurpação das funções exercidas por um poder pelos outros poderes, trazendo, a partir dessas limitações, a garantia das liberdades públicas.

As ideias de Montesquieu influenciaram sobremaneira na elaboração da Constituição norte-americana, que formou suas bases no controle mútuo (*checks and balances*). Entretanto, a ideia de universalidade desse dogma surgiu com a Revolução Francesa, isto é, doravante, o princípio da separação dos poderes tornou-se mola propulsora e essencial para a concepção e formatação das constituições dos Estados Democráticos. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

As Constituições brasileiras sempre buscaram trazer em seu corpo o princípio da separação dos poderes, embora, em determinados momentos históricos, alguns poderes tenham preponderado em detrimento dos demais.

A Constituição de 1824 trazia uma formulação quadripartida em que o Poder Moderador, caso necessário, sempre dava as últimas cartadas; a constituição de 1891 trouxe a formatação tripartida, no entanto, o protagonismo do Executivo ficou evidente; a constituição de 1934, imbuída pelo sentimento de preterição do Poder Legislativo, trouxe a separação dos poderes, todavia colocou o Poder Legislativo em lugar de destaque; a constituição de 1937 não trouxe de forma explícita o princípio da separação dos poderes, e atribuiu poderes excessivos ao Presidente da República. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

A Constituição de 1946 trouxe de forma explícita que “ São Poderes

da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si” (art.36), o que se repetiu na Constituição de 1967 (art.6), na emenda nº 01/69 (art.6) e na nossa atual Carta Magna, a Constituição de 1988. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

A ideia fundamental da doutrina da separação de Poderes, portanto, é evitar a concentração e o exercício despótico do poder, isto porque as consequências da concentração do poder são desastrosas. Daí, fácil percebermos que o princípio da separação de Poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas iníquas e arbitrárias, pondo em risco as liberdades. Ao revés, poder limitado é liberdade garantida. Daí a importância de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, em virtude do qual o poder possa controlar o poder. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Para Barroso, 2019 p.181 “a separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais.”

O Supremo Tribunal Federal examinou a possibilidade de controle judicial dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito e encontrou, nesse julgado, esse sentido básico do Princípio da Separação de Poderes, uma vez que vedou a existência de instâncias hegemônicas, ou seja, que não estejam sujeitas a controle: o pronunciamento do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, no julgamento do MS 23.452/RJ:

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano jurídico-político, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional

Canotilho afirma que o princípio da separação de poderes apresenta uma dupla dimensão: traça a organização e ordenação dos poderes constituídos, caracterizando, dessa forma, sua dimensão positiva; através de sua relação com os demais poderes, ele fixa limites e controles, destacando, nesse momento, sua dimensão negativa. (CANOTILHO, 2002)

Para Cunha Júnior, a doutrina da separação dos poderes precisa passar por um processo de releitura:

A doutrina da separação de Poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coaduna com o moderno Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Assim, o princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Dada a sua grande importância na concepção de Estado Democrático, o Princípio da Separação de Poderes encontra-se no rol do artigo 60, p 4º da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, ele está revestido com o manto denominado de *cláusula pétreas*. Na Constituição de 1988, temos um rol bastante enxuto, contudo, através das diretrizes apontadas nesse rol e da essencialidade de determinados assuntos, os quais trazem em seu texto a substância da nossa Constituição, podemos extrair diversas outras *cláusulas pétreas* implícitas.

Quando os limites materiais expressarem a identidade da Constituição e os pressupostos democráticos, e não estiverem expressamente previstos no art 60, p 4º, certamente, estaremos diante de limites implícitos, tácitos ou imanentes, uma vez que a natureza dos limites materiais trazidos acima é declaratória, e não constitutiva. Portanto, a existência de cláusulas pétreas expressas no texto não afasta o possível reconhecimento da existência de limites implícitos. (BARROSO, 2019)

Existem quatro categorias de normas as quais, classicamente, a doutrina as coloca imune ao poder revisor, mesmo que não haja previsão expressa: os direitos fundamentais, que, na nossa Constituição, já se encontram expressos, em parte, no art. 60, p 4º; o titular do poder constituinte originário, uma vez que a soberania popular; constitui um dos pressupostos

basilares do regime constitucional democrático; o titular do poder reformador, o qual não pode delegar, tampouco renunciar a sua competência; o procedimento que disciplina o poder de reforma. (FERNANDES, 2018)

Em que pese os limites materiais atribuírem a determinadas matérias da nossa Constituição uma super-rigidez, descartando, assim, a possibilidade de supressão, não existe hierarquia entre as normas constitucionais, já que, pelo princípio da unidade da constituição, inexistente hierarquia entre normas constitucionais originárias. O que existe, de fato, são normas que podem ser revogadas pelo poder reformador e normas que não podem. (BARROSO, 2019)

Para Barroso, 2019 p.176, “A proteção especial dada às normas amparadas por cláusulas pétreas sobreleva seu *status* político ou sua carga valorativa, com importantes repercussões hermenêuticas, mas não lhes atribui superioridade jurídica”.

Vale-se ressaltar que, para o STF, os limites materiais ao poder constituinte de reforma, ou seja, as chamadas cláusulas pétreas, não lhes atribui uma ressalva absoluta. O que se busca é a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos resguardados pelo manto da cláusula pétrea, ou seja, as decisões políticas fundamentais. Entretanto, deve-se evitar interpretações radicais e expansivas. (STF, 2003)

Corroborando com esse entendimento, Bernardo Gonçalves Fernandes conclui:

Assim, fica claro que a corrente majoritária entende que as matérias constantes no art. 60, p.4 da CR/88 podem ser modificadas (alteradas) desde que sejam para sofisticá-las, porém o que não pode ocorrer é a supressão, descaracterizando o núcleo essencial desenvolvido e explicitado pelo Poder Constituinte Originário. (FERNANDES, 2018)

Ocorrendo violação das cláusulas pétreas durante o trâmite da PEC, ou seja, antes dela se tornar Emenda à Constituição, poder-se-á valer do instituto do mandado de segurança o parlamentar federal, porquanto seria o parlamentar federal a figura convocada para participar da deliberação acerca da Emenda à Constituição. Caso a Emenda Constitucional já tenha sido promulgada, qualquer ofensa aos limites materiais poderá ser questionada pela via do controle difuso-concreto ou através do controle concentrado. (FERNANDES, 2018)

O princípio da Separação dos Poderes deve ser considerado por todos as pessoas como fator preponderante para se alcançar, de fato, a verdadeira democracia. Na evolução histórica desse princípio, percebemos o quanto um descompasso deliberado entre os Poderes pode causar máculas violentas para a democracia. Por outro lado, não se pode olvidar que, às vezes, faz-se salutar e necessário que um Poder se sobressaia em detrimento de outro, uma vez que a inoperância e negligência de um Poder pode reverberar de maneira devastadora sobre direitos e garantias fundamentais, afrontando, assim, a dignidade da pessoa humana em seu núcleo essencial. É, justamente, nesse momento, que se faz oportuno um Judiciário atento, forte e atuante.



3. JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS COMO FATOR PREPONDERANTE PARA A IMPLEMENTAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são pilares ético-político-jurídicos do Estado, sedimentando, dessa forma, as bases e os limites legitimadores para a atuação dos órgãos estatais. São direitos cujo conteúdo essencial é a dignidade da pessoa humana. Fornecem bens e posições jurídicas as quais podem ser perquiridas perante o Estado ou terceiros, em sua dimensão subjetiva, bem como servem de limitações ou parâmetros conformadores da atuação do Estado, em sua dimensão objetiva. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

O art.5 p.1º da CF consagra a necessidade de se atribuir aplicação direta e imediata aos direitos fundamentais. Em que pese uma parcela da doutrina discutir a possibilidade de aplicação desse dispositivo diante de uma série de normas definidoras de direitos fundamentais programáticas, vários doutrinadores consagrados como Dirley Da Cunha Júnior e Luiz Roberto Barroso defendem a tese de que deve haver a aplicação imediata dos direitos fundamentais, mesmo que não haja nenhuma atuação concretizadora pelo Legislativo no que tange às normas programáticas. O juiz, certamente, deve se valer, nessa situação, de um esforço maior para complementar e implementar a norma definidora de direito fundamental de cunho programático, contudo jamais deverá deixar o caso sem solução.

Partindo-se do pressuposto da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da recorrente omissão por parte do Legislativo e do Executivo, chegamos à necessidade da judicialização das relações sociais como fator preponderante para se alcançar essa premissa constitucional.

3.1 DIREITOS HUMANOS VERSUS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos estão associados a ideia de universalidade, colocando, dessa forma, o homem no plano internacional. Enquanto os direitos fundamentais, que surgiram na França do século XIII, estariam ligados ao plano interno.

A doutrina majoritária ressalta que a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais encontra-se no plano da sua positivação, ou seja, os direitos humanos estariam positivados no plano do Direito Internacional, em diplomas da alçada dos Tratados e Convenções Internacionais. Já os direitos fundamentais seriam normas jurídicas exigíveis no plano interno, isto é, produtos de um processo de constitucionalização dos direitos huma-

nos, estando, portanto, positivados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. (FERNANDES, 2018)

Dentre os critérios existentes para que se possa construir um conceito de direito fundamental com relativa precisão, podemos destacar o princípio da dignidade da pessoa humana. Dirley Da Cunha Júnior traz a dignidade da pessoa humana como crivo unificador, ratificando, portanto, esse entendimento:

Defendemos que esse critério é a dignidade da pessoa humana, na medida em que, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam o valor estruturante da dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua *fundamentalidade material*. Vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau. Advertimos, entretanto, que o referido critério não é absoluto nem exclusivo, porquanto há direitos fundamentais também reconhecidos às pessoas jurídicas ou que se reconduzem a outros princípios fundamentais, o que significa que nem sempre a ideia de dignidade da pessoa humana pode, pelo menos diretamente, servir de vetor para a identificação dos direitos fundamentais. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA

A doutrina brasileira traduz os direitos fundamentais como direitos subjetivos, uma vez que eles atribuem a seus titulares a prerrogativa de impor aos órgãos estatais obrigados possibilidades jurídicas de interesses pessoais, bem como trazem a dimensão objetiva, a qual coloca os direitos fundamentais como um verdadeiro norte de “eficácia irradiante”, servindo, portanto, de fundamento de todo o ordenamento jurídico. Vale-se destacar que a base da nossa doutrina acerca desse tema encontra respaldo na matriz alemã. (MENDES, 2004)

A dimensão objetiva é mais recente no Direito Constitucional e caracteriza-se como elemento típico do Constitucionalismo Social,

encontrando-se na doutrina e jurisprudência europeia e brasileira. (FERNANDES, 2018)

Segundo Fernandes, devemos partir das seguintes premissas:

a) As Constituições democrático-sociais vão ser consubstanciadas por um sistema de valores que os direitos fundamentais, à luz dessa perspectiva, explicitam e positivam; b) Com isso, eles acabam por influenciar todo o ordenamento jurídico, servindo de esteio para a atuação de todos os poderes estatais; c) No mesmo diapasão, é mister salientar que os mesmos valores vão se estabelecer como verdadeiras diretrizes para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico; d) Daí eles serem considerados uma correia de interligação entre todos os direitos existentes e dotados de validade. Portanto, eles se tornaram (pela dimensão objetiva) a base do ordenamento jurídico do Estado e da sociedade, sendo dotados do que autores como Ingo Sarlet, entre outros, conceituam como “eficácia irradiante.” Com isso, não há direito que não deva passar pelo filtro dos direitos fundamentais previstos na Constituição (nessa visão: uma espécie de interpretação conforme os direitos fundamentais nos moldes da interpretação conforme à Constituição) (FERNANDES, 2018)

Dessa forma, os direitos fundamentais estariam no rol não só dos direitos de defesa (garantias negativas), dever de abstenção, ou seja, o Estado não exerce qualquer ingerência na esfera privada dos cidadãos, como também no rol dos direitos de prestações (garantias positivas), isto, é, o Estado, nesse momento, deve interferir na esfera privado dos cidadãos como mecanismo de garantia do exercício das liberdades. Os direitos fundamentais, a partir da sua dimensão objetiva, seriam considerados vetores a serem seguidos pelos Poderes Públicos e particulares, constituindo, assim, um reforço de juridicidade. (SARLET, 2012)

3.3 GERAÇÕES (DIMENSÕES) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo “gerações” teve como seu maior expoente na doutrina brasileira, Paulo Bonavides, que trabalhou com os direitos fundamentais, separando-os a partir de um perfil histórico. Humberto Ávila tece severas críticas ao termo “gerações”, preferindo denominá-las de “dimensões”, na

medida em que o surgimento de uma nova geração traz consigo a ideia de supressão da geração anterior. O termo dimensão pode ser interpretado como algo que se sobrepõe à nova dimensão que vai surgindo, gerando, assim, a ideia de adição. Todavia, essa adaptação terminológica não foi suficiente para os críticos, os quais ressaltaram que não se tratava apenas de um processo de adição, mas também de uma releitura da dimensão anterior à luz da perspectiva de valores trazidos pela nova dimensão. (FERNANDES, 2018)

Direitos de primeira geração (dimensão) seriam os direitos de liberdade, ou seja, civis e políticos. Surgiram no século XVIII e início do século XIX. O indivíduo é seu titular, trazendo, portanto, a ideia de subjetividade, uma vez que, nesse momento, o Estado deve ser abstencionista. Para Jellinek, ocorre uma supervalorização do homem singular, isolando juridicamente, por conseguinte, sociedade e Estado.

(BONAVIDES, 2004)

Corroborando com esse entendimento, Dirley Da Cunha Júnior:

Os direitos de primeira dimensão correspondem às chamadas liberdades públicas dos franceses, compreendendo os direitos civis, entre os quais se destacam, sobretudo pela acentuada e profunda inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva (tais como o direito de reunião e associação) e os direitos políticos (como os direitos de voto, mas de modalidade ativa e passiva). Esses direitos de primeira dimensão foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado. Em razão disso, eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados de direitos de caráter “negativo” ou simplesmente “liberdades negativas”. Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingestão nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão somente a guarda das liberdades. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Direitos de segunda geração (dimensão) surgiram no século XX e seriam os direitos sociais, culturais e econômicos. Nesse contexto, o Estado sai de uma posição abstencionista para implementar a noção de Estado Social, ou seja, o Estado assume uma posição positiva perante a sociedade, isto é, surge um dever de atuação por parte do Estado. (BONAVIDES, 2004)

No Brasil, foi a Constituição de 1934, sob grande influência de Weimar, que trouxe a ideia do moderno Estado intervencionista, isto é, Estado do bem-estar social.

Para Cunha Júnior, 2019 p.543 “[...], percebe-se que a passagem para o modelo do Estado Social se impôs, porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente por meio de intervenções ilegais do Estado, mas também através das omissões do poder público.”

Bernardes Gonçalves Fernandes salienta que:

São chamados de sociais não pela perspectiva coletiva, mas sim pela busca da realização de prestações sociais. Sua introdução acabou por acontecer no desenvolvimento do Estado Social, como resposta aos movimentos e ideias antiliberais. Supostamente, abraçariam a noção de igualdade dos indivíduos que compõem uma dada sociedade, recebendo previsão normativa nas Constituições marxistas e no Constitucionalismo da República de Weimar, após o primeiro pós-guerra. Pode-se constatar que nos primeiros anos receberam uma baixa normatividade (ou até mesmo uma eficácia duvidosa), uma vez que invertiam a lógica da geração anterior: passava-se, agora, a exigir do Estado determinadas prestações materiais; o que os remeteu à esfera das normas constitucionais programáticas. Apenas na sua segunda fase foram assumidos como dotados de uma eficácia diversa, de modo que, ainda que pese a tese da eficácia imediata, podemos encontrar leituras que irão defender uma eficácia mediata, porque condicionada à ação de legislador infraconstitucional. (FERNANDES, 2018)

A terceira geração (dimensão) de direitos fundamentais pautada pelo ideal da fraternidade (solidariedade para alguns) resgata o teor humanístico e enxerga como destinatário todo o gênero humano (presente e futuro), na medida em que estaríamos todos conectados. Seus pilares são: o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito

ao meio ambiente e direito de comunicação. (BONAVIDES, 2007)
Dirley Da Cunha Júnior cita em seu Curso de Direito Constitucional:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são recentes e ainda se encontram em fase embrionária. Como resultado de novas reivindicações do gênero humano, sobretudo ante o impacto tecnológico e o estado contínuo de beligerância, esses direitos caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa. Compreendem o direito ao meio- ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. São denominados usualmente de direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial, para sua efetivação. Não têm por fim a liberdade ou a igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

A quarta geração (dimensão), para Paulo Bonavides, é corolário da globalização dos direitos fundamentais. Estão nesse rol: os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação. Esses direitos seriam o esteio para a cidadania e a liberdade dos povos na era da globalização, chamada por ele de sociedade aberta do futuro. (BONAVIDES, 2004)

Existem alguns autores, dentre eles, Paulo Bonavides, que defendem a existência de uma quinta geração (dimensão) de direitos, com inúmeras interpretações. Para Paulo Bonavides, o direito à paz teria sido deslocado da terceira geração para a quinta geração, tornando-se, dessa forma, elemento essencial para o progresso de todas as nações. (BONAVIDES, 2008)

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões. A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de

segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito de quinta geração. (...) Devemos assinalar, doravante, que a defesa da paz se tornou princípio constitucional, insculpido no art. 4º, VI, da CR. Desde 1988 avulta entre os princípios que o legislador constituinte estatuiu para regerem o país no âmbito de suas relações internacionais. E, como todo princípio na Constituição, tem ele a mesma força, a mesma virtude, a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2008)

3.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO VETORES HERMENÊUTICOS NO PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO

Para o Direito, o conceito de dignidade passou por um processo de releitura após as atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial, sobretudo, na Alemanha nazista.

O significado atual dos direitos humanos foi sedimentado após a 2ª Guerra Mundial, tendo como pano de fundo as experiências traumáticas do nazismo e do fascismo. Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, um novo conceito, cujas raízes se encontravam na religião e na filosofia, ingressa com grande impacto no discurso político e jurídico dos vencedores do conflito: a dignidade humana. Em pouco tempo, a ideia de dignidade humana se tornou o centro axiológico dos sistemas jurídicos e fonte de irradiação dos direitos humanos. Logo após a guerra, o conceito foi incorporado a importantes documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), bem como a numerosos tratados e pactos. A expressão dignidade humana passou a constar do corpo ou do preâmbulo de boa parte das Constituições promulgadas a partir do final dos anos 40 do século passado, a começar pela da Alemanha, de 1949. Ao longo dos anos, foram sendo criadas, igualmente, cortes internacionais voltadas à proteção dos direitos humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Africano dos Direitos do

Homem e dos Povos. A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia moral, constituindo um valor fundamental que veio a ser convertido em princípio jurídico. Considera-se que esteja subjacente a todas as ordens democráticas em geral, mesmo quando não expressamente prevista na constituição, funcionando tanto como justificativa moral quanto como fundamento normativo dos direitos humanos. (BARROSO, 2019)

Levando-se em conta a teoria constitucional majoritária, apesar das inúmeras críticas, com fulcro nas bases axiológicas germânicas, a dignidade da pessoa humana foi elevada ao posto de meta-princípio, uma vez que reflete vetores de interpretação para todos os outros direitos fundamentais. (FERNANDES, 2018)

A função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana que serviria de parâmetro para a aplicação, interpretação, e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. (...) o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo de criação e desenvolvimento jurisprudencial do Direito. Justamente no âmbito dessa função do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo, de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertati*, tenha sempre presente o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não dever haver dúvida. (SARLET, 2004)

Bernardo Gonçalves Fernandes traz diversos vetores interpretativos como mecanismo de aferição da dignidade da pessoa humana:

A Não Instrumentalização, na medida em que não se deve tratar o ser humano de forma instrumentalizada (coisificada). Aqui, resta clara a concepção kantiana, a qual ressalta que o ser humano não pode ser utilizado como meio para se atingir determinado fim;

A Autonomia Existencial, a qual aduz a ideia de liberdade do ser humano de fazer suas próprias escolhas, ou seja, liberdade existencial, desde que essas escolhas não sejam práticas ilícitas, ou intervenham de forma

indevida na esfera de direitos de terceiros;

Direito ao Reconhecimento traz consigo a necessidade de se olhar para o outro, respeitando as singularidades de cada ser humano, rechaçando qualquer tipo de julgamento que se fundamente na ideia de padrões socialmente impostos. Sendo reconhecida justamente pela sua diferença e singularidade na sociedade, a pessoa estará tendo a sua dignidade humana respeitada;

Direito ao Mínimo Existencial traz, em seu bojo, a necessidade de se oferecer condições mínimas para a sobrevivência do indivíduo. Seja essa análise realizada de forma absoluta ou de forma relativa (contextualizando a partir de diversas situações). Nesse momento, faz-se mister trazer à baila a celeuma que envolve a cláusula da reserva do possível, que tem seu espectro de atuação limitado pelo direito ao mínimo existencial; A partir do argumento da reserva do possível, o Estado brasileiro busca defender a discricionariedade na aplicação dos recursos públicos e, conseqüentemente, na concretização de direitos sociais, porquanto tudo dependeria da disponibilidade orçamentária nos cofres públicos e da intenção dos governantes na implementação de determinadas políticas públicas. (FERNANDES, 2018)

A reserva do possível surgiu como mecanismo garantidor da razoabilidade na pretensão das pessoas perante o Estado e à sociedade na década de 1970 no Tribunal Constitucional alemão. Todavia, no Brasil, houve uma completa deturpação da sua essência, sendo utilizada, portanto, como escudo para um Estado omissor e inoperante. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

O Estado, então, passou a se utilizar, com frequência, da cláusula da reserva do possível como defesa processual, devendo, dessa forma, provar de forma satisfatória e consistente, isto é, jamais de forma genérica, a impossibilidade de implementação das prestações demandadas. (NOVELINO, 2019)

Tratando com maestria acerca desse assunto, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, esclarece diversos pontos sobre esse tema na ADPF nº 45.

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicial-

mente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos dever-se-á investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberda-

de de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo éticojurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimen-

to racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da

Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.”

Enfim, o termo mínimo existencial surgiu, na Alemanha, conforme citado alhures, invocando, de fato, uma variedade de bens e utilidades básicas imprescindíveis para se obter uma vida humana com dignidade. (NOVELINO, 2019)

No tocante aos direitos sociais, Ana Paula de Barcellos coloca a saúde, a educação, a assistência aos desamparados (abrigo, alimentação e vestuário), bem como o acesso à justiça como direitos que compõem o núcleo essencial do mínimo existencial e que, assim, devem estar prioritariamente presentes na formatação e implementação das políticas públicas. (NOVELINO, 2019) Dirley Da Cunha Júnior conclui, portanto, que:

Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte,

insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

3.5 A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E DA POLÍTICA

A judicialização de assuntos relevantes para a política, a sociedade e a moral têm ocorrido com bastante frequência, na medida em que o Legislativo e o Executivo estão envolvidos pelas amarras da inoperância e da negligência.

Ocorre, atualmente, uma expansão do Poder judiciário em detrimento do Legislativo e do Executivo. Luiz Roberto Barroso salienta diversos fatores para justificar esse fenômeno:

Há causas de natureza diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. (BARROSO, 2019)

Tivemos diversos casos emblemáticos em que se fez necessário a

atuação do Judiciário em prol da sociedade, para que, dessa forma, evitássemos uma lacuna que poderia se protrair no tempo, causando graves consequências sociais, uma vez que a omissão também é uma potente feramenta no desenrolar de um possível caos generalizado.

Nesse momento, faz-se mister ressaltarmos diversas situações sociais e políticas de suma importância as quais foram solucionadas pelo Poder Judiciário, começando-se, portanto, a se desenhar o arcabouço jurídico que justifica o atual protagonismo do Judiciário.

O caso envolvendo a liberdade de expressão e o crime de racismo no HC 82.424/RS, o qual ficou conhecido como, Caso Ellwanger.

Habeas Corpus nº 82.424 - Diário da Justiça - 19/03/2004

A construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo” requer a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. O crime de racismo constitui um atentado contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência. Habeas corpus impetrado perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de antissemitismo e por publicar, vender e distribuir material antissemita. O art. 5º, inciso XLII, da Constituição brasileira, estabelece que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”. Os impetrantes, baseados na premissa de que os judeus não são uma raça, alegaram que o delito de discriminação antissemita pelo qual o paciente fora condenado não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, XLII, da Constituição Federal, teria ficado restrita ao crime de racismo. O Plenário do Tribunal, partindo da premissa de que não há subdivisões biológicas na espécie humana, entendeu que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse processo, origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. Para a construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo”, o Tribunal concluiu que é necessário, por meio da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, conjugar fatores e circunstâncias

históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. Apenas desta maneira é possível obter o real sentido e alcance da norma, que deve compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos. Asseverou-se que a discriminação contra os judeus, que resulta do fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas, é inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na Constituição do Brasil e no mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático de Direito. Assim, consignou-se que o crime de racismo é evidenciado pela simples utilização desses estigmas, o que atenta contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Reconheceu-se, portanto, que a edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrímen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. Os Ministros entenderam que, no caso, a conduta do paciente, consistente em publicação de livros de conteúdo antissemita, foi explícita, revelando manifesto dolo, vez que se baseou na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. Dessa forma, a discriminação cometida, que seria deliberada e dirigida especificamente contra os judeus, configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. O Plenário consignou que a Constituição Federal impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsi-vidade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a restauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Assentou-se, por

fim, que, como qualquer direito individual, a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, como no caso de manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. Por isso, no caso concreto, a garantia da liberdade de expressão foi afastada em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. Vencidas a tese que deferia a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e a tese que deferia habeas corpus de ofício para absolver o paciente por atipicidade da conduta. Consequentemente, o Plenário do Tribunal, por maioria de votos, denegou a ordem.

Os direitos fundamentais constituem a essência de qualquer ordenamento jurídico. Eles funcionam como uma espécie de baliza interpretativa para a vida em sociedade. Contudo, não se pode olvidar que eles também podem ser relativizados, ou seja, devem sempre ser ponderados à luz da dignidade da pessoa humana. O caso concreto passará pelo crivo da razoabilidade que determinará a decisão mais equânime e ajustada para aquela situação.

Entende-se que a liberdade de expressão jamais poderá ser invocada como pressuposto para a prática deliberada de qualquer crime, inclusive, o crime de racismo. O conceito de racismo abarca, sim, o antissemitismo, uma vez que os judeus passaram por um processo de estigmatização social, política e histórica que reverbera até os dias atuais. Os judeus tiveram sua dignidade frontalmente ofendida, na medida em que os nazistas (fig. 01) legitimavam, sob o escudo do Estado Social de Direito, as atrocidades que faziam com esse povo.



Figura 1 - Crianças sobreviventes em Auschwitz - foto tirada de imagens gravada. Fonte: BBC, 2015

A interrupção da gestação de fetos anencéfalos levada ao STF pela ADPF 54/DF:

O Supremo Tribunal Federal publicou, no dia 30 de abril, o acórdão da decisão que permitiu a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. O julgamento ocorreu em abril de 2012. Por oito votos a dois, a maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio. Além do relator, votaram pela descriminalização os ministros Rosa Weber; Joaquim Barbosa; Luiz Fux; Cármen Lúcia; Ayres Britto (aposentado); Gilmar Mendes; e Celso de Mello. Para sete dos dez ministros que participaram do julgamento, não se trata de aborto porque não há a possibilidade de vida do feto fora do útero. No julgamento, os ministros decidiram que médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem qualquer espécie de crime. Com a decisão, para interromper a gravidez de feto anencéfalo, as mulheres não precisam de decisão judicial que as autorize. Basta o diagnóstico de anencefalia. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio afirmou que “anencefalia e vida são termos antitéticos”. O ministro afirmou que existe, no caso, um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais, já que não há qualquer possibilidade de o feto sem cérebro sobrevi-

ver fora do útero da mãe. O que estava em jogo, disse Marco Aurélio, é saber se a mulher que interrompe a gravidez de feto em caso de anencefalia tem de ser presa. Os ministros decidiram que não. “Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*”, afirmou. Na avaliação do ministro Celso de Mello, como a Lei de Doação de órgãos determina que o fim da vida se dá com a morte encefálica, um raciocínio semelhante pode ser adotado para determinar o começo da vida. “A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, ‘a contrário sensu’, servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida, eis que, nesses casos, sequer se iniciou o processo de formação do sistema nervoso central, pois inexistente, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial.” O decano do Supremo lembrou ainda que há várias teses científicas que discutem o início da vida, e que a Constituição não estabelece seu começo. O ministro Gilmar Mendes votou pela descriminalização da prática, mas considerou, sim, que se trata de aborto. Para o ministro, o aborto de feto anencéfalo pode se encaixar nas hipóteses de exceção previstas no Código Penal em que o aborto não é considerado crime — em caso de risco à saúde da mãe e no de estupro. “O aborto de fetos anencéfalos está certamente compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal, todavia, era inimaginável para o legislador de 1940. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição”, afirmou Gilmar Mendes. Os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram contra a ação. Lewandowski argumentou que o tema é assunto para o Legislativo, não para o Supremo Tribunal Federal. Já o ministro Cezar Peluso considerou que não se pode admitir que o feto anencéfalo não tenha vida. “Nessa postura dogmá-

tica, ao feto, reduzido, no fim das contas, à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica e ética que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humanas”, disse Peluso, que presidiu o julgamento. O ministro Dias Toffoli declarou-se impedido por ter trabalhado no parecer da Advocacia-Geral da União em favor da ação na época em que era o advogado-geral. (BEZERRA, 2013)

A interrupção da gestação de fetos anencéfalos (fig. 02) é, sem dúvida, a garantia do respeito da dignidade da pessoa humana, no que tangue ao vetor interpretativo denominado autonomia existencial, porquanto a mulher, sabendo que não existe possibilidade de vida do seu filho sem cérebro fora do útero, pode decidir, isto é, exercer sua liberdade de escolha diante de uma situação tão traumática. Liberdade de agir conforme a sua natureza e força interior de suportar ou não o fardo de gerar uma criança que ao nascer, certamente, irá morrer. O que se quer garantir é o direito que a mulher tem de não querer prolongar por mais tempo seu sofrimento inevitável.

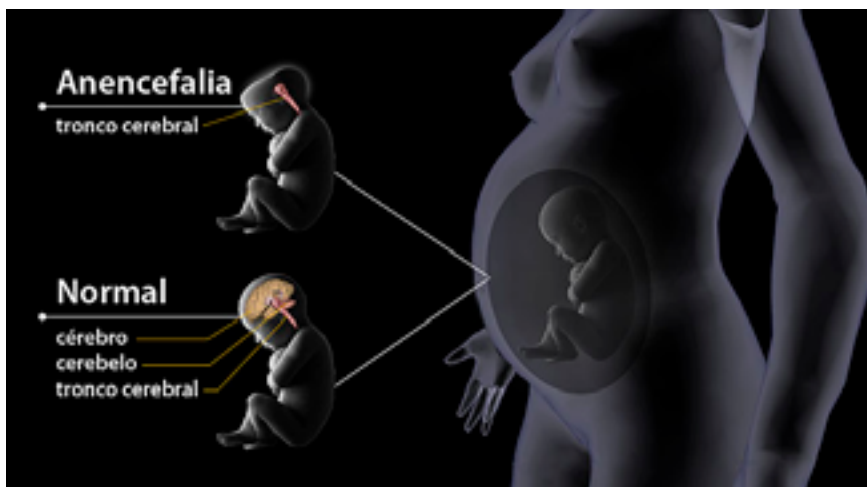


Figura 2 - Quando o cérebro não se desenvolve. Fonte: USP, 2012

Outra situação bastante polêmica a qual também foi esclarecida pelo Supremo Tribunal Federal através da ADC 41/DF: a legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM

CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº

12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público

podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída

pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, e fixar a seguinte tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. Ausentes,

participando de sessão extraordinária no Tribunal Superior Eleitoral, os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que proferiram voto em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes.

Entende-se ser bastante plausível a existência de cotas (fig. 03), na medida em que o desenvolvimento social no Brasil foi bastante desigual, tendo raízes bastante fortes no regime escravocrata. Ações afirmativas são justamente mecanismos de correção de desigualdades que se perpetuaram no tempo. Sem essas “discriminações positivas” se torna praticamente impossível o estabelecimento da dignidade da pessoa humana. O que se busca, mais uma vez, é a dignidade humana, tentando garantir o mínimo existencial, o direito ao reconhecimento e também a não instrumentalização do ser humano, uma vez que, quando faltam oportunidades dignas, o ser humano imbuído pelo instinto de sobrevivência acaba se tornando instrumento, ou seja, meio para que outras pessoas atinjam os fins desejados.



Figura 3 - Quinze anos de cotas na Universidade de Brasília (2004 à 2018). Fonte: Agência Brasil, 2018

O caso do ensino religioso em escolas públicas, que chegou ao Supremo Tribunal Federal através da ADIN 4439 também ratifica a ideia da recorrente judicialização das políticas públicas.

A PGR questionava a vinculação da disciplina de ensino religioso nas escolas públicas a uma crença específica, além de defender que essas aulas deveriam ter uma perspectiva laica e se voltar para a história e a doutrina das várias religiões. Coube à presidente, ministra Cármen Lúcia, dar o voto de minerva e seguir a divergência no sentido de que, ao prever a facultatividade da matrícula na disciplina, a Constituição Federal resguardou a laicidade do Estado e a liberdade de crença da população. Assim, entendeu a maioria, não faz sentido alterar a interpretação vigente da Constituição e aplicar o ensino não confessional nas escolas públicas do Brasil. Em um voto breve, Cármen afirmou que a facultatividade da matrícula evita qualquer constrangimento aos alunos que não professarem a religião predominante. “A laicidade do Estado está respeitada e não vejo contrariedade que me leve a declarar inconstitucional as normas questionadas”, concluiu. A lei questionada não autoriza proselitismo, catequismo ou imposição de uma religião específica, disse. No modelo não confessional, as aulas de ensino religioso consistem na exposição neutra e objetiva da prática, história e dimensão social das diferentes religiões, incluindo posições não religiosas. No modelo confessional, uma ou mais confissões são objeto de promoção; no interconfessional, o ensino de valores e práticas religiosas se dá com base em elementos comuns entre credos dominantes na sociedade. Primeiro a votar, Marco Aurélio afirmou que não cabe ao Estado incentivar o avanço de uma determinada crença, mas assegurar o desenvolvimento das diversas cosmovisões. “Este é o único caminho compatível com a ideia de laicidade. A possibilidade de ter um servidor público confessando em caráter oficial determinada corrente religiosa evidencia, por si só, um problema”, opinou. Ele destacou que em alguns locais a ingerência do Estado é ainda mais grave. Como exemplo, citou a Bahia, onde se exige como requisito para contratação de professor da rede pública o credenciamento na respectiva crença. O Estado laico não incentiva o ceticismo tampouco o aniquilamento das religiões, limitando-se a viabilizar a convivência sadia das diversas confissões, explicou. Não se pode ler dis-

positivos isolados da Constituição, alertou Marco Aurélio em referência à previsão da aula de ensino religioso facultativa na Carta. O decano Celso de Mello foi na mesma linha. Para ele, a lei é clara ao proibir que a escola pública atue como aparelho ideológico ou agente fomentador de determinada confissão, pois deve o Estado observar a neutralidade em relação ao tema. A separação constitucional entre Estado e igreja tem como objetivo resguardar a liberdade religiosa e impedir que grupos fundamentalistas se apropriem do poder estatal, disse. Ao final, ficaram vencidos os ministros Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. Venceram os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Luiz Edson Fachin, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. A decisão vale apenas para escolas públicas e não deverá ser seguida pelas instituições privadas de ensino. (TEIXEIRA, 2017)

Acredita-se que, conforme posicionamento do Procurador Geral da República no caso em questão, o ensino religioso não seja tratado de forma deliberada pelas escolas públicas. A educação religiosa (fig. 04) deve ser utilizada como mecanismo para se mostrar a história e a essência dos mais diversos tipos de doutrinas existentes para, assim, formarmos cidadãos com uma visão ampla e despida de preconceitos acerca dos diversos tipos de religiões. Temos um sistema público de educação bastante precário, tornando-se, portanto, perigoso atribuir liberdade de escolha às escolas públicas se, na prática, não temos essa liberdade também garantida aos alunos.



Figura 4 - Ensino Religioso e escola pública: uma relação delicada. Fonte: Nova Escola, 2013

Temos uma educação pública sucateada, em que, muitas vezes, faltam vagas para absorver todo o quantitativo de alunos existentes na sociedade, o que gera, portanto, *data vênia*, um aniquilamento da tese defendida pelo STF de que o aluno poderá escolher em que escola ele vai estudar, reafirmando, dessa forma, a laicidade do Estado. Na maioria dos casos, o que ocorre não é a escolha da escola pelo aluno, senão a inserção do aluno onde houver vaga disponível, caso queira continuar seus estudos. Nossa realidade, não é essa trazida pela maioria do STF.

A judicialização da saúde talvez seja uma das situações mais recorrentes nesse atual cenário de protagonismo do Poder judiciário, na medida em que tem ocorrido, no STF, diversas audiências públicas para se tratar desse assunto. Entre os temas postos em pauta estão, sobretudo, o fornecimento de medicamentos de custo altíssimo e não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, bem como tratamentos que não estão na listagem e nos protocolos do Sistema Único de Saúde. (BARROSO, 2019)

Segundo Dirley Da Cunha Júnior:

O direito social à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Nada obstante, a Constituição brasileira dispôs que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso

universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art.196). Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor vida humana, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Para que o direito à saúde seja atendido, faz-se mister a existência de hospitais públicos com disponibilidades de leitos, o fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais necessários para o bom funcionamento das ações e serviços públicos de saúde. Na inexistência ou insuficiência dessa prestação, pode-se perquirir judicialmente a efetivação desse direito. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Nessa mesma linha de raciocínio, encontra-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

O caráter programático da regra inscrita no art.196 da Carta Política- que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro- não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (STF, 2004a)

No Brasil, podemos inferir a partir dessa intensa participação do Judiciário que, sem dúvida, não se trata de um processo de escolha, mas sim da maneira como foi concebida e estruturada nossa Constituição de 1988, a qual traz em seu corpo dezenas de direitos, criando, dessa forma, uma hipertrofia exacerbada de sua estrutura, ou seja, escolhemos um modelo analítico para a nossa Carta Magna. (BARROSO, 2019)

Marcelo Novelino explica o fenômeno da intensa participação do Judiciário da seguinte forma:

Em sociedades democráticas, é usual a consagração de parte dos direitos sociais em normas de textura aberta ou de caráter principiológico, a fim de possibilitar diferentes níveis de concretização. Ante a impossibilidade de se atender satisfatoriamente todos os direitos contemplados no texto constitucional, no caso de demandas igualmente legítimas, o princípio

democrático impõe seja conferida primazia às prioridades definidas pelo Legislativo e pelo Executivo, poderes públicos cujos membros foram eleitos para esse fim. Isso não significa, entretanto, a impossibilidade de adjudicação dos direitos sociais. Mesmo porque, a democracia não se esgota na manifestação da vontade da maioria, na realização de eleições periódicas, no sufrágio universal e na possibilidade de alternância de poder. A formação de uma vontade verdadeiramente livre pressupõe a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos. (NOVELINO, 2019)

Outro fator de extrema importância na determinação desse protagonismo do Judiciário encontra-se no fato de termos incorporado ao nosso controle de constitucionalidade duas matrizes: a matriz americana, que atribui a qualquer juiz ou tribunal o poder de invalidar uma norma no caso concreto, caso a considere inconstitucional; e a matriz europeia, a qual determina o poder de invalidação de normas, através de ações diretas e concentradas ajuizadas perante a Corte Constitucional. (BARROSO, 2019)

Dirley Da Cunha Júnior aduz com clareza outro relevante argumento para se fundamentar o protagonismo do Judiciário:

De todo o exposto, os direitos sociais representam uma garantia constitucional das condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna. E o princípio da dignidade da pessoa humana é o melhor fundamento, entre tantos outros, para a aceitação de um direito subjetivo público aos recursos materiais mínimos concernentes à saúde. Desse modo, é obrigação do Estado Social proporcionar ao indivíduo os recursos necessários à garantia de um padrão mínimo de satisfação das necessidades pessoais, como modo de realização de sua plena felicidade. Ressaltamos que, na Alemanha, onde inexistia previsão constitucional de muitos direitos sociais, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a “garantia do mínimo existencial”, defendendo a necessidade de o Estado Social intervir para assegurar a existência vital da pessoa humana. A propósito disso, segundo Heinrich Scholler, a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

A forma como o judiciário irá lidar com a situação posta em suas mãos, determinará, de fato, se sua competência foi exercida com ou sem ativismo judicial.

3.5.1 ATIVISMO JUDICIAL

É uma expressão trazida para o universo jurídico pelos Estados Unidos, na medida em que a Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969, validou diversas decisões políticas nos Estados Unidos, as quais trouxeram consigo uma profunda revolução na jurisprudência norteamericana. Passou-se a ter, portanto, uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Vale-se ressaltar que todas essas transformações ocorreram sem qualquer tipo de ingerência do Congresso ou de decreto presidencial. (BARROSO, 2019)

Desde então, uma intensa e desenfreada reação conservadora trouxe uma conotação negativa e depreciativa para o ativismo judicial, uma vez que, para os conservadores, tratava-se de exercício impróprio do poder judicial. (BARROSO, 2019)

Marcelo Novelino ressalta como contribuições da doutrina estadunidense: o interpretativismo e o não interpretativismo. No interpretativismo, o magistrado deve guiar-se pelo entendimento original daqueles que criaram a Constituição, diante de um caso concreto submetido à sua análise, sendo, portanto, uma posição mais conservadora. De outro lado, temos o não interpretativismo que traz ideias mais progressistas, podendo cada geração viver a Constituição a seu modo, rechaçando a imposição absoluta e irrestrita de valores do passado pelo legislador constituinte. Nesse diapasão, evidencia-se que os magistrados devem atualizar e trazer à tona, em seu processo interpretativo, os valores sociais que saltam aos olhos no momento presente. (NOVELINO, 2019)

Essas concepções teóricas trazidas acima, fundamenta a ideia de ativismo judicial, na medida em que o ativismo conservador nasce da concepção interpretativista, enquanto o ativismo progressista surge a partir da concepção não interpretativista. É, justamente, na concepção não interpretativista que o Poder Judiciário assume uma postura de protagonista, uma vez que novos direitos são incorporados à Constituição a partir das mudanças sociais ocorridas. (NOVELINO, 2019)

Para Barroso, 2019 p.434 “[...], a ideia de ativismo judicial está asso-

ciada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Dirley Da Cunha Júnior complementa a ideia de Barroso da seguinte forma:

O crescimento do Poder Judiciário deve-se, curiosamente, ao crescimento dos outros Poderes quando da conformação do Estado Social. Com efeito, o agigantamento do Poder Legislativo, chamado a intervir em áreas sempre maiores de assuntos e de atividade, de um lado; e o gigantismo do Poder Executivo, profundo e potencialmente repressivo, de outro, suscitou o crescimento do Poder Judiciário como aquele terceiro gigante capaz de controlar, com eficiência, os aumentados poderes do legislativo e executivo do Estado leviatã. Ademais, tamanho foi o aumento das responsabilidades do Poder Legislativo nas sociedades democráticas, que o processo legislativo tornou-se particularmente pesado, lento e obstruído, forçando, em consequência, o aumento do grau de criatividade da função jurisdicional, onde o ativismo judicial encontra e fornece soluções para os diversos conflitos de interesses muito mais rápidas do que as providências adotadas pelo legislador. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Na jurisprudência do STF, podemos identificar vários precedentes de postura ativista, utilizando-se de diferentes linhas decisórias. Para uma maior elucidação, podemos citar alguns precedentes.

O caso da fidelidade partidária tratado pelo STF nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603, 26.604 reafirma, com clareza, a ideia de ativismo judicial.

Observa-se que, no caso da fidelidade partidária, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal constitui evidente manifestação de ativismo judicial, visto que agiram como verdadeiros “legisladores positivos”, tanto no plano constitucional quanto no plano ordinário, criando uma hipertrofia e invadindo espaço reservado ao Legislativo, em afronta ao sistema de checks and balances, previsto no art.

2o da Constituição. Com efeito, não existe – e continua até hoje não existindo – no ordenamento jurídico brasileiro nor-

ma constitucional, tampouco ordinária, que preveja a perda do mandato do parlamentar diante da hipótese de troca de partido ou de cancelamento da filiação partidária. Entretanto, mesmo diante da omissão do Legislativo, não pode o Judiciário se colocar como indesejável instância hegemônica. No exercício de suas atribuições constitucionais, cabe-lhe interpretar e aplicar o direito em situações de litígio entre partes, sem, contudo, pretender se investir no papel de legislador. Ademais, ao editar a Resolução TSE no 26.610, de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral disciplinou matéria de processo civil eleitoral, instituindo ritos pelos quais os mandatos podem ser cassados, atribuindo competências à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, fixando prazos, estipulando legitimados ativos e estabelecendo hipóteses de justa causa, numa nítida usurpação de poderes que são constitucionalmente reservados ao Legislativo. Se não bastasse o questionamento sobre a invasão de competência decorrente do ativismo do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, vários outros dispositivos da Resolução TSE no 22.610, de 2007, são reputados inconstitucionais em face do conteúdo igualmente lesivo à ordem jurídica. [...] Portanto, é possível verificar um perfil de ativismo a do Tribunal Superior Eleitoral e a do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecerem os contornos concretos do instituto da fidelidade partidária, visto que disciplinaram uma matéria de grande apelo entre a população brasileira, diante da inércia do Poder Legislativo, em uma profunda Reforma Política e Eleitoral. (NUNES JUNIOR, 2014)

Torna-se evidente que o autor do artigo defende a linha doutrinária do ativismo conservador, isto é, não admite que o Judiciário possa inovar de forma tão ampla e incisiva diante de uma questão tão polêmica e difícil. No entanto, há quem defenda que a omissão legislativa no tratamento da fidelidade partidária, levando-se em consideração os preceitos constitucionais existentes, legitima a atuação ampla e irrestrita do Poder Judiciário, na medida em que um Judiciário proativo gera uma maior satisfação popular, preenchendo lacunas que talvez jamais fossem preenchidas.

A possibilidade de greve no serviço público levada ao STF através dos Mandados de Injunção nº 670, 708, 712 também trouxe consigo a perspectiva do ativismo judicial.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89). Da decisão divergiram parcialmente os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que estabeleciam condições para a utilização da lei de greve, considerando a especificidade do setor público, já que a norma foi feita visando o setor privado, e limitavam a decisão às categorias representadas pelos sindicatos requerentes. A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). Os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal. No julgamento do MI 712, proposto pelo Sinjep, votaram com o relator, ministro Eros Grau, - que conheceu do mandado e propôs a aplicação da Lei 7.783 para solucionar, temporariamente, a omissão legislativa -, os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence (aposentado), Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Ficaram parcialmente vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que fizeram as mesmas ressalvas no julgamento dos três mandados de injunção. Na votação do MI 670, de autoria do Sindpol, o relator originário, Maurício Corrêa (aposentado), foi vencido, porque conheceu do mandado apenas para cientificar a ausência da lei regulamentadora. Prevaleceu o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, que foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence (aposentado), Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Novamente, os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e

Marco Aurélio ficaram parcialmente vencidos. Na votação do Mandado 708, do Sintem, o relator, ministro Gilmar Mendes,

determinou também declarar a omissão do Legislativo e aplicar a Lei 7.783, no que couber, sendo acompanhado pelos ministros Cezar Peluso, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Carlos Britto, Carlos Alberto Menezes Direito, Eros Grau e Ellen Gracie, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Ao resumir o tema, o ministro Celso de Mello salientou que “não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República”. Celso de Mello também destacou a importância da solução proposta pelos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Segundo ele, a forma como esses ministros abordaram o tema “não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis”. (STF, 2007)

Nesse caso, em específico, temos uma parcela considerável da doutrina que corrobora com o entendimento firmado pelo STF, porquanto o direito social fundamental de greve deve possuir efetividade, seja no setor privado ou no setor público. Saímos de um cenário em que as posições firmadas pelo STF, nos julgamentos dos mandados de injunção, eram, majoritariamente, não concretistas, ou seja, o STF apenas declarava a omissão do Poder Legislativo, que ficava totalmente livre para suprir ou não a lacuna existente. Para, então, obtermos uma verdadeira virada jurisprudencial, uma vez que, declarando a omissão e determinando a adoção da lei de greve do setor privado para o setor público, enquanto não existir nenhuma lei para o setor público, o STF passou a seguir a posição concretista, utilizando-se, nesse momento, do ativismo judicial progressista.

Corroborando com esse pensamento, Dirley da Cunha Júnior afirma:

Do exposto, um judiciário ativo, dinâmico e criativo, capaz de contribuir dinamicamente para a formação e evolução do Direito, certamente muito pode colaborar com a democracia,

exercendo o importante e decisivo papel de desenvolver e difundir os valores por ela consagrados, entre os quais se destacam, com especial importância, os direitos fundamentais, que a ele cabe, sem dúvida, efetivar. Esse ativismo e criatividade dos juízes, sob o ponto de vista jurídico, é um imperativo constitucional nos países, como no Brasil, onde o regime das liberdades é alçado à prioridade absoluta. E uma necessidade, sob o ponto de vista sociológico, da profunda metamorfose das sociedades modernas. Ademais, a ideia de justiça constitucional reforça a legitimidade democrática do Judiciário na criação do Direito e, por consequência, na efetivação das normas constitucionais. Com efeito, a justiça constitucional é concebida no constitucionalismo contemporâneo, como condição de possibilidade do Estado Democrático. Aliás, a experiência de inúmeros Estados tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional, que passou a ser progressivamente considerada como elemento necessário da própria definição de Democracia. É nesse contexto que se assenta a legitimidade do Judiciário. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

3.5.2 OS INSTITUTOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E DO ATIVISMO CONGRESSUAL

O instituto da mutação constitucional ou interpretação constitucional evolutiva é a alteração informal da constituição sem lhe violar a letra e o espírito. Esse fenômeno desencadeia um poder constituinte difuso, que altera o sentido, significado e o alcance das normas contidas na Constituição. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Podemos verificar, na jurisprudência do STF, alguns casos de mutação constitucional. Dentre eles, a virada jurisprudencial através do reconhecimento da união homoafetiva com o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132.

A norma constante do art. 1.723 do Código Civil brasileiro (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a mere-

cer proteção estatal. Essa foi a conclusão da Corte Suprema ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Prevaleceu o voto do Ministro Ayres Britto, relator, que deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. O relator asseverou que esse reconhecimento deve ser feito de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Enfatizou que a Constituição veda, expressamente, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, o que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se coloca como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja. Afirmou que essa vedação também se dá relativamente à possibilidade da concreta utilização da sexualidade, havendo um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomofisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não. Em seguida disse haver direito a uma concreta liberdade da mais ampla extensão decorrente do silêncio intencional da Constituição quanto ao tema do emprego da sexualidade humana. Explicou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual possibilita a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (Constituição, artigo 5º, inciso II) e de que o emprego da sexualidade humana diz respeito à intimidade e à vida privada, as quais são direito da personalidade. Reportou-se, ainda, ao § 1º do artigo 5º da Constituição, como âncora normativa. Aduziu que essa liberdade para dispor da própria sexualidade está incluída no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta

emanação do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de explorar os potenciais da própria sexualidade é exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação. Após mencionar que a família deve servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição é o não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Reputou que família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credencia como base da sociedade (Constituição, artigo 226, caput). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, entendida como núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (Constituição, artigo 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (artigo 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Por fim, ressaltou que a solução apresentada dá concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros. (STF, 2011)

No julgado supracitado, temos, a partir de uma perspectiva interpretativa teleológica e sistemática da Constituição, à luz da dignidade da pessoa humana, uma nova interpretação do conceito de família. A previsão explícita da união estável no código civil como uma entidade familiar, constituída por um homem e uma mulher, não exclui jamais a possibilidade de se reconhecer a união estável homoafetiva (fig. 05)



Figura 5 - Evolução dos Casamentos Homoafetivos no Brasil. Fonte: Número Gênero, 2018

O código civil não é excludente, mas sim, exemplificativo, uma vez que a Constituição veda, de forma incisiva, qualquer tipo de discriminação por razões de sexo, determinando, assim, que o código civil seja interpretado de forma agregadora e não de forma excludente, o que geraria uma inconstitucionalidade explícita.

Levando-se em consideração o princípio da unidade da constituição e a força normativa que deve existir em seus julgados, resta-nos claro que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi bastante equânime, pois buscou concretizar a isonomia constitucional e promover a dignidade da

pessoa humana, principalmente, no que tange à autonomia existencial, ou seja, liberdade de escolha de cada ser humano, como também no direito ao reconhecimento, já que o ser humano precisa ser reconhecido na exata medida da sua essência e das suas ações. Ser reconhecido exatamente como somos, certamente, é um fator preponderante na promoção da nossa dignidade.

Portanto, aceitar a união homoafetiva como entidade familiar é ratificar os diversos postulados contra a discriminação que estão no corpo da Constituição. É promover a dignidade humana daqueles que se sentem à margem da sociedade, simplesmente, por não constituírem um modelo tradicional de entidade familiar.

Já o ativismo congressional é a tentativa de reversão jurisprudencial, através de uma postura legislativa do Congresso que vai de encontro ao posicionamento do STF, seja por intenções políticas subjacentes, por situações de autoritarismo judicial, ou por uma grande resistência da população.

A reação legislativa é uma forma de “ativismo congressional” com o objetivo de o Congresso Nacional reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidualógico por parte do STF, estando, portanto, amparado no princípio da separação de poderes. O ativismo congressional consiste na participação mais efetiva e intensa do Congresso Nacional nos assuntos constitucionais. (CAVALCANTE, 2015)

No tocante ao ativismo congressional, também contamos com diversos casos emblemáticos. Um dos mais recentes, foi a aprovação da emenda constitucional 96/2017.

A EC 96/2017 é um exemplo do que a doutrina constitucionalista denomina de “efeito *backlash*”. Em palavras muito simples, efeito *backlash* consiste em uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas (em geral, do parlamento) diante de uma decisão liberal do Poder Judiciário em um tema polêmico. Foi uma tentativa de superação legislativa da jurisprudência (reversão jurisprudencial), uma manifestação de ativismo congressional. (CAVALCANTE, 2017)

A emenda 96/2017 surge como uma resposta à declaração de inconstitucionalidade de uma lei editada no Ceará que regulamentou a prática da vaquejada (fig. 06). Levando-se em consideração pressões populares e

interesses subjacentes da classe política, houve uma reação do Congresso a qual se materializou através da aprovação da emenda supracitada. O Judiciário julgou de forma sistemática e teleológica a respectiva ADI, utilizando-se da técnica do sopesamento/ponderação das normas constitucionais, uma vez que a Constituição veda, expressamente, em seu art. 225, qualquer prática que submeta os animais a crueldade, bem como resguarda o direito de realizar manifestações culturais. O resultado do julgamento apontou para a interpretação que rechaça a prática da vaquejada.



Figura 6 - Vaquejada: até que ponto a cultura se sobrepõe à crueldade?. Fonte: Jusbrasil, 2013

Todavia, os interesses sociais e políticos iam de encontro ao posicionamento do STF. Portanto, é interessante pontuar, através desse fato, que o ativismo pode ocorrer de todas as formas, ou seja, de forma conservadora ou progressista, como também em diferentes órgãos, por exemplo, no Judiciário ou no Congresso. Restanos claro que, nesse caso, houve um ativismo congressual com viés conservador.



4. CRÍTICAS ACERCA DO PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO

Ao longo dos anos, inúmeras críticas foram levantadas a favor e contra essa expansão avassaladora do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos.

Segundo Luiz Roberto Barroso:

Tais críticas não infirmam a importância do papel desempenhado por juízes e tribunais nas democracias modernas, mas merecem consideração séria. O modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão. Ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação. (BARROSO, 2019)

Os juízes e membros de tribunais não se encaixam no rol dos agentes públicos eleitos, uma vez que a forma de investidura não perpassa pelo crivo popular. Entretanto, quando o Judiciário legitimamente invalida atos do Executivo e do Legislativo, ele também está praticando, indubitavelmente, uma atitude política, a qual irá suplantar a decisão política tomada pelos Poderes Executivo e Legislativo em um outro momento. A possibilidade de superação das decisões tomadas pelos agentes políticos eleitos por decisões tomadas pelo Poder Judiciário gera o que ficou conhecido como dificuldade contramajoritária. (BARROSO, 2019)

A dificuldade contramajoritária estaria presente nas situações em que a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de um ato, seja do Executivo ou do Legislativo, opondo-se, portanto, à vontade dos representantes do povo, ou seja, nesse momento, o Judiciário está exercendo um controle contra a maioria dominante, uma vez que os representantes do Executivo e do Legislativo personificam a vontade da maioria da população, ou, pelos menos, deveriam personificar. Esse ponto caracteriza uma crítica de cunho político-ideológico.

Outra crítica bastante relevante encontra-se no fato de que o Judiciário sempre seria a última voz nas situações de divergência. Esse fator não pode trazer à tona a falácia de que todo e qualquer imbróglio deva ser decidido por um tribunal.

Para que seja evitada a falácia de uma possível posição hegemônica

do Judiciário, Luiz Roberto Barroso afirma que:

Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. (BARROSO, 2019)

A expressão instância hegemônica atribuída ao Judiciário na citação acima descrita surgiu no julgamento do MS 23.452/RJ, o qual tratou da possibilidade de controle jurisdicional pelo STF das comissões parlamentares de inquérito, porquanto existe expressa previsão constitucional nesse sentido. Abaixo citamos uma parte do voto do Ilustre Ministro Celso de Mello acerca desse mandado de segurança.

O controle jurisdicional de abusos praticados por comissão parlamentar de inquérito não ofende o princípio da separação de poderes. A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela constituição. Esse princípio que tem assento no art.2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por porte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima,

as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O controle do Poder constitui uma exigência de ordem político-jurídica essencial ao regime democrático. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória.

Nesse voto, o Ministro Celso de Mello ressalta a possibilidade de controle dos outros Poderes pelo Judiciário como uma potente ferramenta para se evitar justamente a formação de Instâncias hegemônicas, na medida em que o Estado Democrático de Direito traz em sua essência esse sistema de controle conhecido como: sistema de freios e contrapesos, o qual foi consagrado na Constituição de 1988 no art.2º, com o Princípio da Separação de Poderes.

Outro debate acerca desse protagonismo do judiciário reside justamente na formação peculiar dos discursos na seara jurídica. Argumenta-se que a grande maioria da população não teria domínio do conhecimento técnico adequado para, assim, participar de forma efetiva da judicialização das questões sociais.

Luiz Roberto Barroso traz em sua obra as seguintes consequências:

A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de *propositura* de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes (BARROSO, 2019)

A jurisdição constitucional deve coexistir com a legitimação majoritária, atuando, portanto, numa corrente de complementariedade. De fato, temos que olhar para a jurisdição constitucional como uma legítima ferramenta para a discussão e argumentação das decisões políticas. Essa dinâmica ocorre frequentemente no Brasil, uma vez que se trata de um país que veio de um processo de redemocratização recente, ou seja, ainda estamos caminhando para um verdadeiro amadurecimento institucional, pois viemos de um longo trajeto hegemônico do Executivo. (MENDONÇA, 2009)

As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. (BARROSO, 2019)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem como função precípua salvaguardar e fomentar a implementação efetiva dos direitos fundamentais, como também garantir que todos os pilares que sustentam a democracia sejam mantidos incólumes. Quando o Poder Judiciário não estiver tratando desses pilares básicos da nossa Constituição, ele deve evitar qualquer tipo de ingerência nas escolhas legítimas realizadas pelo Poder Legislativo, bem como respeitar a margem de discricionariedade que faz

parte da função típica do Executivo, desde que, obviamente, o Executivo não adentre, a pretexto de estar agindo com discricionariedade, em espaços totalmente desarrazoados.

Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes. (BARROSO, 2019)

Diversas situações colocaram o STF nessa atual conjuntura de protagonista. Muitas vezes, a jurisdição constitucional foi provocada pelos próprios agentes políticos, mesmo que eles sejam os críticos mais atuantes da judicialização. Nessa toada, resta-nos perceber que o atual cenário brasileiro tem contribuído sobremaneira para que o STF desenvolva uma nova forma de percepção acerca de si mesmo, entendendo que o sentimento social também deve ser levado em conta, portanto sua atuação também deflui da representação da soberania popular, embora, nem sempre, a decisão mais justa e acertada seja a que a sociedade espera do Judiciário.

Não se trata de um protagonismo buscado por juízes, mas do resultado de mudanças progressivas que ocorreram institucionalmente, funcionalmente e normativamente. A centralidade da jurisdição constitucional como concretizadora dos direitos assegurados na Constituição implica o reconhecimento desse “destaque” ao Poder Judiciário, sem que isso deva representar qualquer “assimetria jurídica” entre os Poderes constituídos. (COSTA, 2017)

Acreditamos que a expansão da atuação do Poder judiciário, no atual cenário brasileiro, advenha do simultâneo processo de retração do Poder Legislativo, o qual encontra-se num momento de grave crise funcional, bem como de representação. É natural que, diante de espaços vazios, mecanismos e instituições proativos acabem se tornando protagonistas.

Refletir sobre a atuação dos juízes e tribunais na atualidade implica em repensar o papel do Estado, suas funções e disfunções, que afirma e nega por ser edificado, a solidificar a de-

mocracia no país. Acredita-se que o protagonismo representa uma reação positiva a tanto que ainda se espera do Estado, que desde a colonização violou direitos humanos e apropriou-se da diversidade ambiental, racial e cultural, para, autoritariamente, calar as diferenças, transformando-as em padrões, a usurpar a dignidade humana de tantas gerações. Se há excesso, deve ser coibido. Se há autocontenção, deve ser enfrentada. Mas jamais se deve fornecer elementos para retirar das decisões judiciais a sua efetividade e o seu poder. Os direitos fundamentais sociais não podem existir somente como abstrações. Não há respostas prontas e nem realidade inquestionável. Tenta o Estado-Juiz ocupar um espaço que outrora lhe foi negado pelos anos de autoritarismo e, simultaneamente, permitir ao cidadão a fala que lhe foi usurpada, a resgatar direitos e garantias. Ambos, cidadão e julgador, estão em processo de aprendizado democrático, que vai sendo consolidado com os “erros” e “acertos” de suas expressões, nas ações ajuizadas e nas decisões proferidas. Aprendizado democrático que também é realizado entre os três poderes do

Estado, com todas as suas tensões. (FREITAS, 2014)

Barroso, 2019 p.465 “[...] alternando momentos de ativismo e de autocontenção, que a jurisdição constitucional tem se consolidado em todas as democracias maduras como instrumento de mediação das forças políticas e de proteção dos direitos fundamentais.”

Para Clarissa Tassinari, em sua obra “Jurisdição e Ativismo Judicial”:

É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido. [...] pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão

social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos. (TASSINARI, 2013)

A partir desses argumentos citados acima, entende-se que a judicialização das relações sociais se faz necessária, justamente, por estarmos vivendo um momento político de grave negligência com o interesse público, devendo-se, portanto, buscar a efetividade dos direitos fundamentais, consequentemente da dignidade da pessoa humana, através da abertura constitucional garantida ao Poder Judiciário para tanto. Não se trata de usurpar de forma deliberada a função que deve ser desempenhada pelos demais Poderes, mas sim, de exercer em doses extravagantes a competência constitucional também atribuída ao Poder Judiciário, isto é, zelar pelo interesse público.

Nesse diapasão, o Judiciário entra numa cadeia extravagante de decisões acerca dos mais variados temas, ao passo que o Executivo e o Legislativo, muitas vezes, evitam tomar determinadas decisões importantes para a sociedade, justamente, pelo viés polêmico de seu conteúdo, ficando, dessa forma, a sociedade, numa zona cinzenta, na qual o Judiciário torna-se, inevitavelmente, protagonista.

Diante do exposto, o protagonismo do Judiciário se faz necessário para o deslinde do Estado Democrático de Direito, senão estaremos fadados ao colapso da democracia.



5. CONCLUSÕES

Ao longo desse trabalho, discutiu-se os mais variados mecanismos de aferição do protagonismo do Poder Judiciário no atual cenário político-social brasileiro.

Constatou-se, de fato, a importância histórica e sobretudo hermenêutica acerca do Princípio da Separação dos Poderes, na medida em que esse princípio ocupa, desde a formação do Estrado Democrático de Direito, um lugar de destaque. Importância essa que se perpetuou, inclusive, na Constituição Federal de 1988, a qual o trouxe de forma expressa em seu art. 2º, bem como lhe atribuiu o status de cláusula pétrea em seu art.60, p.4º.

Encerrando essa análise sobre o Princípio da Separação de Poderes, chegou-se à conclusão de que o mesmo continua sendo imprescindível para o Estado Democrático de Direito, embora deva existir uma releitura conceitual do mesmo, à luz do contexto atual da sociedade, sobretudo, quando se tem uma Constituição analítica, isto é, que trata de inúmeros assuntos, sejam eles de cunho constitucional ou não.

O Brasil traz, em sua Carta Magna, um rol extremamente extenso de direitos e garantias fundamentais, os quais acabam por evitar a interpretação clássica do Princípio da Separação dos Poderes, devendo, portanto, acatar-se a interpretação contemporânea que fixa o ideal de complementariedade entre os Poderes e não a independência absoluta entre eles.

Nessa toada, buscou-se argumentar sobre a importância da judicialização das relações sociais como fator decisivo na obtenção e efetividade dos direitos fundamentais. De fato, existe, hoje, uma crescente judicialização das relações sociais, entretanto, esse fato se deve, justamente, ao vácuo deixado pelos Poderes Executivo e Legislativo no exercício de suas funções, ou seja, o Judiciário acaba assumindo de forma inevitável papéis que deveriam ser executados de forma precípua pelo Executivo ou pelo Legislativo.

A omissão perpetrada pelo Executivo e pelo Legislativo no intuito de se eximirem da responsabilidade de posicionamento acerca de decisões polêmicas, coloca o Judiciário, na posição de protagonista, uma vez que o princípio da inafastabilidade da jurisdição impede que o Judiciário se omita diante de qualquer questão colocada sob seu crivo. Enfim, seja por negligência, imperícia ou por interesses políticos escusos, do Executivo ou do Legislativo, o Judiciário sempre deve se pronunciar se provocado.

Como não estão sujeitos às amarras da atuação obrigatória, quando

provocados, o Executivo e o Legislativo, por vezes, se eximem do cumprimento de suas funções, a pretexto de conservarem sua atuação política incólumes da rejeição social.

O cenário político-social brasileiro realmente justifica a judicialização de inúmeras situações. O que não pode acontecer é a sociedade abster-se de usufruir do mínimo existencial garantidor da dignidade da pessoa humana, porque o Executivo ou o Legislativo preferem ignorar determinadas situações sociais.

O protagonismo, de fato, existe e deve ser tratado de forma positiva e necessária, uma vez que o interesse público deve prevalecer diante de qualquer circunstância. Não se trata de um protagonismo deliberado, isto é, baseado na simples intenção de ofuscar a atuação dos demais Poderes. O se busca é a efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles que constituem o núcleo essencial de qualquer vida, ratificando a dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição, bem como meta-princípio ou postulado hermenêutico que deve servir de filtro para qualquer atuação do Estado.



6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Quinze anos de cotas na UNB**. Ano 2018. Fonte: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista> Acesso em: 12/12/2018

BARROSO, Luiz Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BBC. **Crianças sobreviventes em Auschwitz - foto tirada de imagens gravadas pelas forças soviéticas**. Ano 2015. Fonte: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151026_sobrevivente_campos_concentracao_fn. Acesso em: 01/02/2019

BEZERRA, Elton. **Leia acórdão sobre interrupção de gravidez de anencéfalo**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-13/leia-acordao-stfautoriza-interruptao-gravidez-anencefalo>. Acesso em: 03 abr 2019

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

_____. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAVALCANTE, Márcio A. L **Breves comentários à EC 96/2017 (Emenda da Vaquejada)**. 2017. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/brevescomentarios-ec-962017-emenda-da_7.html. Acesso em: 3 nov 2019

_____. **Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressional. Entenda**. 2015. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacaolegislativa-da-jurisprudencia.html>. Acesso em: 8 jan 2019

COSTA, Claudia Márcia. **O Protagonismo do Poder Judiciário no Estado Social e Democrático de Direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática**. Tese (doutorado) — Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FERREIRA, Bernardo Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FREITAS, Ana Teresa Silva de. **Protagonismo judicial no brasil: em busca da concretização de direitos fundamentais sociais**. R. Pol. Públ., São Luís, Número Especial, p. 379-384, julho de 2014

GENERO NÚMERO. **Evolução dos Casamentos Homoafetivos no Brasil**. Ano 2018.

Fonte: <http://www.generonumero.media/casamentos-homoafetivos-crescem-45-em-quatro-anos-sp-registra-41-do-total-nacional/>. Acesso: 3/8/2018

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Eduardo. A Inserção da Jurisdição Constitucional na Democracia: algum lugar entre o direito e a política. **Revista de Direito do Estado**, n.13, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das Leis** / Montesquieu; tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

NOVA ESCOLA. **Ensino Religioso e escola pública: uma relação delicada**. Ano 2013. Fonte: <https://novaescola.org.br/conteudo/74/ensino-religioso-e-escola-publica-uma-relacao-delicada>. Acesso em: 20/10/2018

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária**. Data de publicação : 01/2014. Fonte: Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, jan./mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed – Livraria do advogado. Porto Alegre, 2012.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na **Constituição de 1988**. 3. ed. rev, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

STF. **Habeas Corpus nº 82.424** - Diário da Justiça – 2004b. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJuri_sprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 20 fev 2019

_____. **MANDADO DE SEGURANÇA: n. 23.452/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 12 mai. 2000. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757406/mandado-de-seguranca-ms23452-rj-stf>. Acesso em: 04 mar 2019

_____. **STF garante fornecimento gratuito de aparelhos e medicamentos a paciente com paralisia cerebral**. 2004a. Disponível em: STF garante fornecimento gratuito de aparelhos e medicamentos a paciente com paralisia cerebral Acesso em: 5 mar 2019

_____. **Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos**. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>. Acesso em: 01 dez 2018

_____. **Supremo reconhece união homoafetiva**. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 10 nov 2018

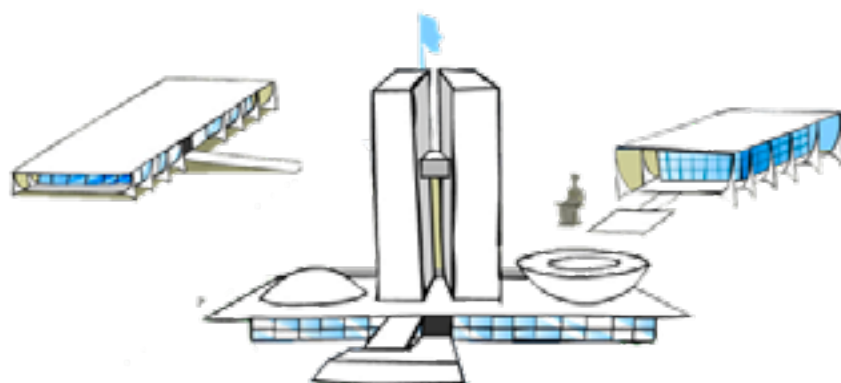
_____. **ADPF 45**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 2004c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 10 jan 2019

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Consultor jurídico, coluna Diário de Classe, 2013.

TEIXEIRA, Matheus. **Por maioria, Supremo permite ensino religioso confessional nas escolas públicas**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set27/stf-permite-ensino-religioso-confessional-escolas-publicas>. Acesso em: 01 abr

2019

USP. **Quando o cérebro não se desenvolve**. Ano 2012. Fonte: <https://www5.usp.br/12144/quando-o-cerebro-nao-se-desenvolve/>. Acesso em: 5/03/2019



O atual cenário político-social brasileiro tem demonstrado um certo protagonismo Institucional do Poder Judiciário. A falta de efetividade de vários direitos fundamentais, consagrados na Constituição, tem gerado uma recorrente violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante desse cenário, em que a dignidade da pessoa humana é tratada com desca-so, procura-se entender o verdadeiro viés interpretativo do protagonismo do Poder Judiciário, na medida em que, simultaneamente, a esse processo, ocorre uma evi-dente retração na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Partindo-se, portanto, do arcabouço teórico existente, identifica-se o protagonismo do Poder Judiciário no atual cenário político-social brasileiro através da análise da evolução histórica do Princípio da Separação dos Poderes e suas respectivas nu-ances; a avaliação da judicialização das relações sociais como mecanismo para se alcançar a efetividade dos direitos fundamentais; bem como do exame das críticas consistentes e relevantes acerca da expansão do Poder Judiciário.