

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

**LARISSA BESCHIZZA CIONE**

**Ativismo judicial no Brasil e seu impacto no processo de  
desenvolvimento econômico**

**Ribeirão Preto  
2018**



**LARISSA BESCHIZZA CIONE**

**Ativismo judicial no Brasil e seu impacto no processo de desenvolvimento econômico**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração:

Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador:

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira

**Ribeirão Preto**

**2018**

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca  
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C576a Cione, Larissa Beschizza  
Ativismo judicial no Brasil e seu impacto no processo de  
desenvolvimento econômico / Larissa Beschizza Cione; orientador  
Gustavo Assed Ferreira. -- Ribeirão Preto, 2018.  
120 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --  
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,  
2018.

1. ATIVISMO JUDICIAL. 2. DESENVOLVIMENTO. 3.  
NEOCONSTITUCIONALISMO. 4. JURISDICAÇÃO  
CONSTITUCIONAL. 5. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. I.  
Ferreira, Gustavo Assed, orient. II. Título

## FOLHA DE APROVAÇÃO

**Nome:** CIONE, Larissa Beschizza.

**Título:** Ativismo judicial no Brasil e seu impacto no processo de desenvolvimento econômico

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



*Dedico este trabalho à minha família, onde  
sempre estiverem os meus maiores mestres.*





## **AGRADECIMENTOS**

Meus agradecimentos ao meu orientador Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira, pelo apoio e ensinamentos transmitidos ao longo da elaboração deste trabalho, e também pela confiança e liberdade dada para sua confecção.

Aos demais Professores que tive o prazer de conhecer na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP, dentro e fora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, essenciais para o meu crescimento nessa nova jornada acadêmica.

Aos demais envolvidos no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, especialmente, aos funcionários Vânia Prudêncio e Omar El Faro, pela competência e paciência com os alunos.

A todos os Professores que encontrei ao longo de minha vida, que têm minha admiração e respeito, pela nobreza do ofício, reconhecimento da dificuldade de um encargo de excelência em nosso país, e importância do legado deixado.



*Oração e trabalho são os recursos mais poderosos na criação moral do homem*

Rui Barbosa (Oração aos Moços, 1918)



## RESUMO

CIONE, Larissa Beschizza. **Ativismo judicial no Brasil e seu impacto no processo de desenvolvimento econômico**. 2018. 326 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

A presente pesquisa buscou levantar os aspectos que envolvem o ativismo judicial no Brasil, desde os elementos estimuladores de sua prática pelos magistrados, até os efeitos de sua realização. O trabalho foi dividido em duas partes principais. Se inicia com uma breve digressão histórica, explicativa da importância da formação do Estado de Direito e da democracia, e do diploma legal que assegura esse sistema jurídico, a Constituição. Em seguida, demonstra a atuação da jurisdição constitucional, e seus limites impostos pela própria Magna Carta. E então, nesse cenário, avalia como o ativismo judicial se desenvolveu no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Foram abordados os temas mais relevantes para o estímulo do ativismo judicial, quais sejam, as normas constitucionais com conceitos indeterminados, a vasta quantidade de direitos sociais previstos na Constituição Federal, pendentes de implementação legislativa e administrativa, o período histórico que vivemos denominado “neoconstitucionalismo” conferindo alto prestígio aos princípios para regular os casos concretos, a análise da omissão inconstitucional por meio do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e por fim, o controle concentrado de constitucionalidade, em especial, no que se toca aos efeitos da decisão nos processos objetivos. Na segunda parte do trabalho é realizada uma explicação sobre o Direito e desenvolvimento, e como seus estudos foram abordados por diversos autores, considerando a falta de uma sistematização teórica. Por fim, é feita uma análise do ativismo judicial, como praticado no Brasil, e seus impactos no processo de desenvolvimento econômico.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial, jurisdição constitucional, neoconstitucionalismo, omissão inconstitucional, direito e desenvolvimento.



## ABSTRACT

CIONE, Larissa Beschizza. **Judicial activism in Brazil and its impact on the process of economic development.** 2018. 326 f. Dissertation (Masters) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

The present research investigated the aspects that involve the judicial activism in Brazil, from the stimulating elements of its practice by the magistrates, until the effects of its accomplishment. The work was divided into two main parts. It begins with a brief history, explaining the importance of the formation of the *rule of law* and democracy, and the legal diploma that ensures this legal system, the Constitution. Then demonstrates the performance of the constitutional jurisdiction, and its limits imposed by the Constitution itself. And then, in this frame, evaluated how judicial activism developed in Brazil after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. The most relevant themes for the stimulus of judicial activism were discussed, which are, constitutional norms with indeterminate concepts, the vast number of social rights in the Federal Constitution, pending of legislative and administrative implementation, the historical period we call "neoconstitutionalism" conferring high prestige on the principles to regulate concrete cases, the analysis of the unconstitutional omission by mandatory injunction and direct action of unconstitutionality by omission (*judicial review for the omission*), and, finally, the control of constitutionality, especially, as regards the effects of the decision in the objective processes. In the second part of the work an explanation is made about law and development, and how its studies were approached by several authors, considering the lack of a theoretical systematization. Finally, an analysis of judicial activism, as practiced in Brazil, and its impacts on the process of economic development are made.

**Keywords:** Judicial activism, constitutional jurisdiction, neoconstitutionalism, unconstitutional omission, law and development.





## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	19
METODOLOGIA.....	22
1. ATIVISMO JUDICIAL .....	27
1.1. DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	27
1.2. CONSTITUCIONALISMO .....	34
1.3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	41
1.4. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ATIVISMO JUDICIAL.....	46
1.4.1. Ativismo judicial na omissão inconstitucional.....	60
1.4.2. Outras formas de ativismo judicial no controle de constitucionalidade .....	75
1.4.3. Críticas ao ativismo.....	79
2. DIREITO E DESENVOLVIMENTO.....	82
2.1. EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO DIREITO E DESENVOLVIMENTO .....	86
2.2. FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA IMPULSIONAR O DESENVOLVIMENTO .....	92
2.3. IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	101
CONCLUSÃO.....	111
BIBLIOGRAFIA .....	115



## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho foi escolhido, em primeiro lugar, pela polêmica que circunscreve a atual postura do Poder Judiciário brasileiro. Os jornais e noticiários, diariamente, apresentam matérias relatando decisões judiciais que invadem as atribuições e discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, contudo, sem a adequada tecnicidade sobre as questões relacionadas, que na academia é possível enfrentar.

Essa onda de hipertrofia do Poder Judiciário é popularmente justificada pelo enfraquecimento dos poderes políticos, que sofrem com a falta de representatividade popular. Esse vazio dos Poderes Executivo e Legislativo deixa a função jurisdicional suscetível para o alargamento, invadindo funções que não lhe foram atribuídas pela Constituição da República.

O Direito brasileiro, adepto ao sistema do *civil law*, teoricamente, deve seguir a primazia da lei. Contudo, os precedentes judiciais vêm ganhando força ao longo dos últimos anos, e o conteúdo das decisões se mostram cada vez mais expansivas, com notória ingerência nas funções governamentais.

Existem vários outros fatores que impulsionam os órgãos judiciais a se sentirem à vontade para, por exemplo, determinarem o bloqueio de verbas do erário, ou impedirem um parlamentar de seguir exercendo o seu mandato. Essas razões serão sistematizadas e aprofundadas.

O segundo fator de escolha do tema decorre da prática da advocacia, profissão que sofreu uma grande alteração na forma de ser exercida nas últimas décadas. O positivismo jurídico traz certa segurança jurídica aos causídicos, uma vez que, ao se pleitear determinado pedido, a solução do caso concreto sofre um processo de subsunção do fato à norma.

Isso não significa que o juiz deva ser completamente neutro a suas convicções filosóficas e culturais – mesmo porque isso não seria possível de ser extraído de qualquer ser humano no momento em que avalia uma situação da vida – mas imparcial, sem tendências a forçar os poderes políticos a agirem em determinado sentido, porque não concordam com as políticas governamentais em andamento. Nas palavras de BARROSO, 2016 (pág. 84): “o intérprete nunca conseguirá libertar-se

*completamente de suas próprias convicções e preconceitos. Sem embargo, deve fazer um esforço consciente em direção à racionalidade possível, que é fator de legitimidade de sua atuação*".<sup>32</sup>

Como preconizado pela Escola da Exegese, à época da Revolução Francesa, deve haver respeito à letra da lei, e o juiz, por meio de um processo racional, aplica a norma como "*a boca da lei*" ("*la bouche de la loi*").

Todavia, hodiernamente, o patrono de ações judiciais sofre com a imprevisão da solução das lides. Ajuizada uma demanda, o magistrado, por vezes, "cria" o Direito nos fóruns e tribunais país afora. Tamanha a desordem criada que o vigente Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) trouxe regras para evitar a "decisão surpresa", expressão popularizada no meio jurídico para indicar a decisão judicial sem contraditório e ampla defesa. Tornaram-se corriqueiras as sentenças proferidas, até mesmo de ofício, especialmente para atender demandas supostamente não atendidas pelo poder político.

A judicialização das políticas públicas encontrou um ambiente fértil no arcabouço institucional, somado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com caráter abrangente e o controle misto de constitucionalidade. O ativismo judicial corresponde à postura do Poder Judiciário perante a judicialização de matérias constitucionais, concretizando direitos não contemplados pelo poder constituinte originário, nem pelo legislador ordinário.

O engrandecimento do Poder Judiciário está relacionado, também, com o fato de ter a última palavra, através da coisa julgada material de suas decisões (artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal: "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*"). Porém, o fato de o Poder Judiciário ter a palavra final, não quer dizer que ele não deva ser subserviente a certas escolhas políticas do legislativo ou para com a discricionariedade das decisões do Poder Executivo.

Outrossim, a criatividade exercida através desse ativismo judicial também traz situações em que a interpretação do magistrado se mostra claramente equivocada, sem qualquer relação com a *mens legis*, isto é, o prolator da decisão se vale de um emaranhado de princípios, realiza uma interpretação sem qualquer metodologia científica, e decide da forma que entende justa ao caso concreto.

Essa postura judicial com decisões fundamentadas em princípios, conceitos jurídicos indeterminados, com a escusa de realizar “justiça” no caso concreto é impulsionada pelo ativismo judicial.

Não se pode ignorar que o ativismo judicial traz vantagens reais aos jurisdicionados, e em muitos casos é necessário para dar concretude aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Em um país marcado pela desigualdade social e com grande escape de verbas públicas em razão da corrupção sistêmica, a ausência de uma atitude proativa do Poder Judiciário poderia trazer o colapso à sociedade.

Contudo, a prática ilimitada dessa postura pode trazer, a longo prazo, graves consequências para a estrutura política e jurídica de nosso país. No que tange às escolhas governamentais tomadas e não executadas, não há dúvidas que as decisões judiciais representam uma solução legítima aos jurisdicionados, contudo, para as escolhas pendentes da análise da oportunidade e conveniência, no âmbito do poder discricionário do administrador público, não se pode fazer uma sindicância jurisdicional, sob pena de clara afronta à separação dos poderes.

Finalmente, como terceiro fato motivador para o aprofundamento do tema foi o ingresso no programa de mestrado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP, com linha de pesquisa específica em Direito e Desenvolvimento. Essa área de concentração faz um estudo interdisciplinar entre o Direito e a Economia, e busca demonstrar como as instituições formais do Estado interferem no progresso (ou não) de cada país.

O Brasil, classificado como um país subdesenvolvido, encontra-se nessa condição por diversos fatores: histórico, político, jurídico, etc. Mas a dependência da trajetória de um país que não se alavanca para o *status* de país desenvolvido, somente pode ser rompida com a reforma das estruturas governamentais e de mercado.

Enquanto essas reformas não ocorrem, cada Poder tenta implementar direitos e resolver injustiças sociais à sua maneira, sem um planejamento para efetivação de suas decisões. No caso específico do ativismo judicial existe ainda um agravante: as decisões judiciais realizam a “microjustiça”, isto é, resolvem o caso concreto levado à apreciação, sem que se avalie as consequências para o desenvolvimento macro da comunidade de onde o postulante proveio.

O ativismo judicial traz a concretização de direitos aos cidadãos individualmente, em especial, na área da saúde. Todavia, é preciso fazer uma reflexão de como esses direitos individuais concretizados podem influenciar no desenvolvimento global do país, ou pior, prejudicá-lo.

Importante destacar que o tema é extremamente controverso tanto no meio acadêmico quanto na doutrina em geral. É evidente que a jurisprudência, criada pelas instâncias superiores do Poder Judiciário, possui forte tendência a fomentar o ativismo judicial, uma vez que lhe confere maiores poderes no arranjo institucional. Todavia, o estudo criterioso da postura ativista dos órgãos que exercem a função jurisdicional tende a demonstrar efeitos deletérios desse fenômeno.

A pesquisa não tem a pretensão de fazer uma análise empírica das decisões judiciais ativistas, mesmo porque isso não é passível de apuração, pois as demandas marcadas pela judicialização de temas políticos, e posteriormente, com decisões marcadas pelo ativismo judicial, tornaram-se recorrentes. Os magistrados concedem direitos subjetivos para indivíduos, ainda que se tratem de direitos subjetivos dependentes de implementação de políticas públicas, diariamente, tanto na primeira, quanto na segunda instância.

Da mesma forma, não há como demonstrar de maneira quantitativa (leia-se, em números), o reflexo do ativismo judicial na economia brasileira. O intuito do trabalho é esboçar conclusões indutivas acerca dos efeitos que essa postura ilimitada do Poder Judiciário, imiscuindo-se nas outras funções do Estado, podem acarretar.

## **METODOLOGIA**

Introduzido o tema, importante descrever o método utilizado, uma vez que nas ciências sociais, os estudos possuem viés subjetivo, e a metodologia busca trazer cientificidade ao desenvolvimento da pesquisa, e legitimar suas conclusões.

A pesquisa foi dividida em três partes principais. A primeira delas, voltada à explicação do ativismo judicial, e como a Constituição Federal de 1988 criou um ambiente propício para a judicialização das políticas públicas, e por consequência, do ativismo judicial. Em segundo lugar é feita uma exposição sobre o tema “Direito e

Desenvolvimento”, sob o ponto de vista do “Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”. E por fim será feita a relação do ativismo judicial com o desenvolvimento do Brasil, considerando o Estado democrático de direito que é.

Cediço que uma pesquisa científica não se limita ao aprofundamento do estudo de determinado tema. A pesquisa “*procura respostas para perguntas ou problemas propostos que não encontram soluções imediatas na literatura especializada sobre o assunto*” (GUSTIN e DIAS, 2013, pág. 6).

Assim, esta pesquisa científica nasceu das seguintes indagações: as decisões caracterizadas pelo ativismo judicial extrapolam os limites da função jurisdicional, e causam desequilíbrio institucional? Em caso positivo, isso coloca em risco o regime democrático? O ativismo judicial contribui para o processo de desenvolvimento econômico, e para a redução da desigualdade social, ou fomenta sua manutenção?

Estabelecida a questão a ser examinada, é preciso identificar o processo racional a ser seguido, de acordo com a metodologia, ciência que discute como se fundamenta o conhecimento científico.

A pesquisa jurídica deve, primordialmente, partir do estudo de suas fontes, sendo certo que a fonte forma e principal é a lei. Para melhor compreender, traz-se à baila a lição de BITTAR, 2007, pág. 186/187:

De princípio, é necessário que se esclareça o que é a lei, uma vez que se cuida de uma fonte de acentuada importância na área jurídica. E o que há que se dizer, desde logo, é que se trata de uma espécie de norma jurídica. Trata-se de uma espécie que possui autoridade competente específica para produzi-la, forma de criação específica, procedimento específico, de acordo com o que a própria Constituição prevê para a realização formal, procedimental e material desse ato jurídico. Para que determinado ordenamento jurídico exprima os preceitos primordiais, basilares e genéricos para o governo da conduta humana em sociedade, é necessário que se convertam em texto de lei, ou seja, que apareçam como emanção de uma autoridade legislativa competente para exarar o ato.

Obviamente o sentido de lei aqui utilizado é em sentido amplo, inclui a Constituição Federal com suas peculiaridades: é dotada de superioridade hierárquica em relação às leis em geral, e todos os demais atos normativos. Por isso, para contextualização da pesquisa, é feita uma digressão histórica do constitucionalismo (movimento que consolida a Constituição como norma suprema de um Estado de

Direito), e após, são destrinchadas as características da Constituição que possuem relação com o tema.

Além disso, são usadas também como fontes de pesquisa a doutrina, formada pela opinião de juristas sobre determinado assunto, e também a jurisprudência, que não apenas revelam o entendimento dos tribunais, mas também trazem lições dos Ministros e Desembargadores ao interpretar as leis e institutos jurídicos. Explica BITTAR, 2007, pág. 188:

A jurisprudência fixa entendimentos, orienta decisões futuras, leciona a respeito de antinomia, hierarquia de normas, justiça ou injustiça, ilegalidade, inconstitucionalidade..., de modo a servir de grande auxílio na construção, repetição ou inovação de entendimentos jurídicos aplicados.

Considerando que o tema escolhido sobre o ativismo judicial e o estudo interdisciplinar do Direito com o desenvolvimento econômico, ambos relativamente novos na área jurídica, é possível perceber que as lições trazidas no corpo dos acórdãos, especialmente dos tribunais superiores, constituem uma relevante fonte para a pesquisa.

Como se verá adiante em algumas conclusões, críticas e ilações foram extraídas de julgamentos em que judicializada determinada matéria, o Poder Judiciário realizou o ativismo (ou não), fundamentando porque estava autorizado (ou desautorizado) a agir daquela maneira.

Saliente-se que o presente trabalho não possui intenções de realizar pesquisas empíricas, ou estatísticas, sobre as decisões judiciais, em primeira instância ou nos tribunais, que realizam o ativismo no Brasil. A pesquisa qualitativa na área jurídica *“corre o risco de enredar-se em contextos subjetivistas ou mesmo ainda mais manipulativos, ao aproximar-se da tentação de dizer e fazer dizer qualquer coisa”* (DEMO, 2015, pág. 155).

O método teórico principal aqui utilizado é o indutivo, cuja principal característica é a observação dos fatos, análise da relação entre eles, e ao final, encontrar uma conclusão genérica. Desta maneira, a pesquisa visa demonstrar, por indução, que a constante prática do ativismo judicial, sem critérios restritivos, pode trazer consequências relevantes ao processo de desenvolvimento econômico, na



maior parte das vezes, danosas.

Não obstante, foi feito o uso do raciocínio dedutivo, sendo certo que o pluralismo metodológico é reconhecido na área do Direito, como reconhecido no magistério de MIGUEL REALE (1981, pág. 83/84):

Hoje em dia, não tem sentido o debate entre indutivistas e dedutivistas, pois a nossa época se caracteriza pelo pluralismo metodológico, não só porque indução e dedução se completam, na tarefa científica, como também por se reconhecer que cada setor ou camada do real exige o seu próprio e adequado instrumento de pesquisa.

Para a escolha do tipo de investigação, partiu-se da classificação proposta por GUSTIN; DIAS, 2013, págs. 25/29, que assim a propõe: a) histórico-jurídica que analisa a evolução de determinado instituto jurídico pela compatibilização de espaço/tempo; b) jurídico-descritivo ou jurídico diagnóstico que faz uma abordagem preliminar de um problema jurídico, ressaltando suas características, mas sem se preocupar com suas raízes explicativas; c) jurídico-comparativa, que identifica similitudes e diferenças de normas e institutos em dois ou mais sistemas jurídicos; d) jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo que utiliza procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico, em seus diversos aspectos; e) jurídico-projetivo ou jurídico-prospectivo, que parte de premissas e condições vigentes para detectar tendências futuras de determinado instituto jurídico ou de determinado campo normativo específico; e f) jurídico-propositivo, destinado ao questionamento de uma norma, de um conceito ou de uma instituição jurídica, com o objetivo de propor mudanças ou reformas legislativas concretas.

Da análise do tema feita de maneira projetiva, eis que o cerne da pesquisa é demonstrar consequências relevantes da atuação proativa do Poder Judiciário em relação às decisões de competência dos poderes políticos, é possível concluir que a linha de investigação adotada é a jurídico-projetiva (ou jurídico-prospectiva) e também a jurídico-propositiva.

A primeira, possui relevância para a análise de tendências, ou seja, o que se pode projetar como um cenário futuro de acordo com a análise social de determinado instituto jurídico. É necessária *“uma habilidade na correlação de dados objetivos transdisciplinares para a montagem de ‘cenários’ (socioeconômico, jurídico e cultural)*

*atuais e futuros*” (GUSTIN; DIAS, 2013, pág. 29). Já a segunda, questiona as normas e/ou instituições jurídicas, com o objetivo de propor mudanças, o que invariavelmente está em toda e qualquer pesquisa jurídica.

Em remate, em que pesa a indicação dos métodos acima mencionados, vale destacar que nenhuma pesquisa científica possui um método isolado de desenvolvimento, e vários outros gravitam ao redor do escolhido, mas sempre seguindo uma linha criteriosa para dar coerência e credibilidade ao trabalho, e ciente de que, como dito pelo filósofo DESCARTES, “não existem métodos fáceis para resolver problemas difíceis”.

## 1. ATIVISMO JUDICIAL

### 1.1. DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

O estudo de temas que envolve o arranjo institucional esculpido pelas regras constitucionais demanda uma digressão histórica do surgimento das Constituições. Para este trabalho esses conceitos são importantes uma vez que o ativismo judicial está relacionado à atuação do Poder Judiciário para além de suas funções constitucionalmente estabelecidas, assim, é preciso compreender a origem e funcionamento da separação dos poderes. Da mesma maneira, o estudo da democracia, eis que, é modelo estatal destinado a garantir as liberdades públicas, e como se demonstrará, sem essas liberdades, não se alcança o desenvolvimento.

Esses temas são notadamente constitucionais, lembrando que a inspiração para criar um documento assemelhado à uma Constituição remonta à história inglesa, através de seus pactos, firmados “(...) *entre o monarca e os súditos concernentes ao modo de governo e às garantias de direitos individuais*”, sendo o mais célebre deles, a Magna Carta do Rei João Sem Terra, em 1215 (FERREIRA FILHO, 1997, pág. 4).

Nesse momento histórico, a Inglaterra desenvolvia a ideia de Estado de Direito (*rule of law*), cujo ponto nevrálgico era o limite do poder estatal e a igualdade entre os cidadãos. Aqui podem ser consideradas as influências das leis fundamentais do Reino (século XVII), criadas para proteger a sociedade francesa em face das condutas do monarca, cujo conteúdo era peculiar: quanto à matéria (previam a forma de aquisição, exercício e transmissão do poder); quanto à autoridade (pois eram superiores às regras criadas pelo Poder Legislativo, que seriam nulas caso com elas conflitassem); e quanto à estabilidade (eram imutáveis). Neste último aspecto verifica-se o nascedouro da “(...) *superioridade e da imutabilidade das regras concernentes ao poder, que se empresta às Constituições escritas*” (FERREIRA FILHO, 1997, pág. 5). De outro lado, também surgiram regras para proteger a propriedade dos indivíduos, que não poderia mais ser confiscada arbitrariamente pelo rei.

Portanto, verifica-se que mesmo nos Estados absolutistas havia Constituição, como instrumento estruturante da sociedade, e organização das instituições políticas conferindo poder soberano ao monarca. Qualquer sociedade organizada contém uma

Constituição, como explica BOBBIO, 1998 (pág. 247):

Para o jurista, todos os Estados — portanto, também os absolutistas do século XVII e os totalitários do século XX — têm uma Constituição, uma vez que existe sempre, tácita ou expressa, uma norma básica que confere o poder soberano de império; que se imponham depois limites a esta soberania ou que seu exercício seja repartido por diversos órgãos pouco importa: *ubi societas, ibi ius*.

Contudo foi notadamente no período das revoluções liberais, dentre elas, as mais importantes, a Revolução Francesa (1789) e a promulgação do *The Virginia Bill of Rights* nos Estados Unidos da América (1776) que surge a concepção de Constituição como hoje conhecemos. Ambos os diplomas tiveram forte inspiração do Liberalismo, movimento que se contrapôs ao Absolutismo (governo com o poder concentrado nas mãos do monarca, que juntamente com a nobreza e o clero, limitava os direitos dos cidadãos de forma opressora).

A Revolução Francesa teve como produto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com enfoque na separação dos poderes e na garantia dos direitos individuais. Além disso, começa a expandir a ideia de soberania popular, através de representantes no parlamento, que atuavam prioritariamente para garantir os direitos de liberdade e propriedade dos indivíduos.

Esse pensamento estava sendo desenvolvido na Europa desde a Revolução Gloriosa (Inglaterra, 1689), onde consagrada a ideia de que o chefe monárquico e o representante do parlamento deveriam dividir o poder, um respeitando a autoridade do outro, e deixando os juízes independentes para o julgamento de eventuais conflitos.

Nesse aspecto, ficou consagrada a concepção de que a liberdade somente estaria assegurada com a separação dos poderes, pois assim, um poder estatal poderia controlar os abusos do outro, por meio do sistema que posteriormente ficou conhecido como “freios e contrapesos” (*check and balances*). Esta foi a forma encontrada para romper por completo com o sistema absolutista até então vigente, com nítido propósito de evitar o governo despótico do monarca, prestigiando o modelo liberal, e expressamente proclamada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 16): “*Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição*”.

Um Estado Democrático de Direito pressupõe a institucionalização do poder, que é exercido por órgãos indicados na Constituição, e nos limites por ela prescritos. Logo, é possível concluir que o cerne da democracia está na separação dos poderes, que prevê a divisão das funções do Estado, com a possibilidade de um sistema de freios e contrapesos. No mesmo sentido, CAGGIANO, 2011 (pág. 07) “*A ideia de Constituição, destarte, entendida como um documento a premodelar o poder, a assegurar governos moderados, limitados e o respeito aos direitos fundamentais, aparece indissociável da evolução democrática*”.

A declaração de direitos norte-americana culminou na Constituição de 1787, contemplando a supremacia da Constituição, e a competência do Poder Judiciário para concretizar a superioridade da lei constitucional, vez que enfraquecida a ideia de que a separação dos poderes era suficiente para a defesa das liberdades. Isto é, o Judiciário deixou de ser tratado como mero aplicador mecânico de leis, para ter a função de resguardar a supremacia da Constituição.

Nesse sentido, a explicação de MONTESQUIEU, 1748 (Livro XI, Capítulo VI, pág. 169):

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios particulares.

Portanto, o princípio da separação dos poderes surgiu no século XVIII como ideia de contenção do poder. À época, procuravam-se técnicas institucionais de limitação do poder, através de mecanismos que garantissem as liberdades públicas (isto é, direitos que o Estado deve respeitar, por meio de uma mera abstenção de conduta, como por exemplo, a liberdade de expressão). Consolidou-se a separação dos poderes, com o pensamento de que nenhum poder poderia ter tanta carga que o

levasse ao abuso. A separação dos poderes tinha preocupação conter do poder, e não sua eficiência.

Se em um Estado de Direito, cada poder é exercido pelo órgão com atribuições definidas na Constituição, e a democracia permite que o governo seja exercido por representantes do povo, e que estes, ao serem eleitos para o poder, respeitem os direitos fundamentais, “*disto resulta que o poder, mesmo legítimo, fica circunscrito a uma área não reservada pelos indivíduos*” (FERREIRA FILHO, 2011, pág. 46), e para impedir que esses limites sejam ignorados, um poder refreia o outro, por meio da separação dos poderes, que se mostra ferramenta central para a observâncias desse arranjo institucional. Nas palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO, 2017 (pág. 67):

A construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia. Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares (...). Já no tocante à democracia, é possível considerá-la em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas – como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção –, realizáveis mediante a abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado

A história mostra que “*o Estado, mais precisamente o Executivo, seja o ‘inimigo’ das liberdades*” (FERREIRA FILHO, 2004, pág. 34), porque no regime democrático, que traz a separação dos poderes como sua característica marcante, o poder executivo exerce atuação concreta frente aos cidadãos do seu Estado, e também tem em mãos uma função legislativa, ainda que atípica, como a autorização para editar medidas provisórias, e a ampla possibilidade de apresentar projetos de lei. Assim explica ALMEIDA, 2011 (pág. 245)

O risco de concentração de poder no Executivo, no sentido político, tem clara relação tanto com o modo de eleição popular, sobretudo em regimes presidencialistas, que tendem a exacerbar a figura do Chefe daquele Poder, como com a necessidade de respostas ativas do Estado contemporâneo para a solução de problemas de uma sociedade cada vez mais complexa, respostas que naturalmente

exigem “execução” e não apenas “legislação”

Entretanto, essa conclusão decorre de um contexto histórico imediatamente posterior à implementação da democracia representativa. Em uma fase anterior, a preocupação era com o abuso da função legislativa, especialmente nos estados monárquicos em que o rei criava a ordem jurídica, e tinha poderes e instrumentos para executar as leis. De outra parte, no momento posterior à sedimentação do regime democrático (leia-se, da democracia indireta), o qual vivemos atualmente, a apreensão se volta em relação aos excessos cometidos pelo Poder Judiciário.

A separação dos poderes possui como característica marcante o sistema de freios e contrapesos, pois nenhum dos poderes exerce, de forma exclusiva e ilimitada, a função que lhe é conferida pela Constituição. A teoria de Montesquieu quanto à separação dos poderes abarcou, também, a divisão do poder dentro do próprio poder legislativo, especificamente o inglês, composto pelo rei, pela nobreza e pelo povo. Tamanho o prestígio da ideia da separação dos poderes que a divisão dentro de um mesmo órgão (legislativo) ficou prestigiada. Tudo com escopo de evitar o abuso ou arbítrio daquele que concentrasse poderes para si. Logo, ínsita à divisão dos poderes este sistema, que não tem como função apenas de realizar o controle recíproco dos órgãos entre si, como assevera BOBBIO, 1998 (pág. 259):

Mais que a teoria da clara distinção das funções do Estado, Montesquieu apresenta a teoria de um Governo equilibrado, em que os diversos órgãos, num sistema de pesos e contrapesos, realizam um equilíbrio constitucional capaz de obstar à consolidação de um poder absoluto. Mas, se examinarmos bem este equilíbrio, notaremos que se trata mais de um equilíbrio social que de um equilíbrio constitucional: confundindo o poder de sentido jurídico com o poder de sentido sociológico, Montesquieu identifica um órgão do Estado com uma classe ou camada social

Destarte, o sistema de freios e contrapesos busca um equilíbrio harmônico, não apenas no sentido jurídico, mas sociológico, pois permite que o parlamento possua representantes das diversas camadas da sociedade, impedindo que apenas uma imponha as leis que elabora.

O fato de os poderes serem divididos em três é contingente, um elemento meramente acidental, uma vez que poderia ser criado um quarto poder (como no

Brasil, outrora, o poder moderador). Por isso, mostra-se equivocado invocar o princípio da “tripartição de poderes”. O princípio é o da separação dos poderes entre os órgãos, o número é um componente circunstancial.

A essência do princípio da separação dos poderes é a especialização das funções e a existência de aparatos orgânicos para que cada órgão tenha autonomia institucional para o exercício de suas prerrogativas. Todos os poderes estatais exercem funções típicas e atípicas, assim definidas pela Constituição, e de alguma forma, possuem mecanismos de controlarem-se reciprocamente, e atingir o fim último de garantir a liberdade dos indivíduos. Esclarece MELLO, 2010 (pág. 30/31):

Como se sabe, as funções legislativas, administrativas (ou executivas) e judiciais estão distribuídas, entre três blocos orgânicos, denominados “Poderes”, os quais, de regra são explicitamente mencionados nas constituições modernas do Ocidente. Tais unidades orgânicas absorveriam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção *política* invulgarmente notável e muito bem-sucedida, pois recebeu amplíssima *consagração jurídica*. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à ideia da tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.

Para compreender, cita-se alguns exemplos das funções exercidas “*com manifesta predominância*” (MELLO, 2010) por cada um dos poderes na Constituição Federal de 1988. O Poder Executivo possui função de governo e de cumprir as normas jurídicas, elaborando políticas públicas, administrando o erário e os órgãos administrativos. Contudo, possui função atípica legislativa, especialmente no caso de edição de medidas provisórias pelo Chefe do Poder Executivo Federal (artigo 62, da Constituição Federal), e função julgadora de processos administrativos de seus servidores (artigo 41, § 1º, inciso II, da Constituição Federal).

O Poder Legislativo, com função precípua de inovar o ordenamento jurídico, com a elaboração de leis e outros atos normativos, e possui funções atípicas de administrar seu quadro próprio de servidores, criando e extinguindo os cargos públicos de seus quadros (artigo 48, incisos X e XI, da Constituição Federal), bem como realiza



o julgamento do Presidente da República, seu Vice e Ministros de Estado nos casos de processo por crime de responsabilidade ou *impeachment* (artigo 52, inciso I, da Constituição Federal).

Finalmente, o Poder Judiciário, com função tipicamente jurisdicional, possui a função atípica de elaborar projetos de lei e dar iniciativa para criação seus Regimentos Internos, e também administra seus cargos e membros (artigo 96, incisos I e II, da Constituição Federal).

Assim fica demonstrada a independência e harmonia entre os poderes, prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, contudo, existindo o sistema de freios e contrapesos entre eles. Além das funções atípicas conferidas pela própria Constituição a cada um dos poderes, outras formas de controle recíproco podem ser mencionadas: o julgamento das contas do Presidente da República pelo Congresso Nacional (artigo 49, inciso IX, da Constituição Federal), o veto do Presidente da República das leis aprovadas pelo Congresso Nacional por motivos de interesse público ou adequação jurídica (artigo 66, § 1º, da Constituição Federal), controle das contas dos órgãos da Administração Pública realizado pelo Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Poder Legislativo (artigo 70 da Constituição Federal), entre outros.

No que tange ao Poder Judiciário, evidente o controle da obediência às leis, na medida em que as aplica aos casos concretos, como previsto no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal, que prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição da seguinte maneira: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. A conformação dos três poderes foi escrita para, no plano do ideal, os poderes políticos elaborarem as leis, e o Poder Judiciário aplicar o Direito.

O princípio supramencionado garante a todos os indivíduos que os direitos assegurados em lei não sejam violados, pois acaso isso ocorra, mesmo que a violação seja oriunda de um órgão estatal, poderá uma decisão jurisdicional afirmar o direito invocado, e conceder tutela para efetivação do direito. Isto é, ao Poder Judiciário foi conferida a atribuição de dar a última palavra sobre a existência de um direito, porque seus atos fulminam na coisa julgada material, e quando o faz, pode inclusive ceifar excessos praticados pelos demais poderes (executivo e legislativo).

Esta explanação decorre da supramencionada ideia de Montesquieu concretizada em nosso sistema, para dividir o Poder estatal, evitando os abusos de

cada um deles, e em última análise, preservar as liberdades públicas. Nesse sentido, o MS 23.452-1/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999:

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 parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal

(...)

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

Este processo de consolidação das instituições políticas e jurídicas com a separação dos poderes, que posteriormente deu força normativa à Constituição é chamado de *constitucionalismo*, definido como o movimento que aprimora as formas de limitar o poder, e garantir a liberdade dos indivíduos.

A limitação do poder por meio das Constituições remonta à criação da própria ideia de Estado, anterior ao pensamento da separação dos poderes, e não há qualquer teoria questionadora da sua eficácia para garantir a liberdade dos indivíduos. Entretanto, é com o movimento do constitucionalismo que o estudo e análise das Constituições ganhou força, e os mecanismos para dar efetividade às normas constitucionais, mormente àquelas contendo direitos subjetivos dos indivíduos, impondo um dever de agir do Estado (direitos prestacionais).

## 1.2. CONSTITUCIONALISMO

Discorrido sobre a relevância da separação dos poderes em um Estado democrático de direito, isto é, o Estado cujos poderes se submetem à Constituição, incontestável a importância dos órgãos observarem os limites por ela impostos. Hodiernamente, o Poder Judiciário vem sendo o mais ousado na ultrapassagem

dessas fronteiras, postura esta que traz consequências, por vezes, não avaliadas com a devida importância pelos magistrados. O “*Constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poderes violar*” (BOBBIO, 1998, pág. 248).

O constitucionalismo é um termo utilizado pela doutrina em dois sentidos: a) em sentido amplo está associado à existência de uma Constituição em um Estado, e nesse sentido o constitucionalismo sempre existiu, pois, todo Estado, para existir, precisa de uma Constituição, ainda que não escrita; b) em sentido estrito, está relacionado às ideias de limitação do Poder e garantia dos direitos fundamentais. Sob essa égide o constitucionalismo se contrapõe à ideia do absolutismo, porque surge para limitar o poder absoluto do soberano.

Sob outra ótica, o constitucionalismo “*consiste na divisão do poder, de modo que se impeça todo o arbítrio*”, e também “*representa o Governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder; mas também aqui são diversas as soluções históricas de "limitação do poder"*” (BOBBIO, 1998, pág. 258).

Historicamente, o constitucionalismo antigo foi o primeiro a ser identificado. Teve início na antiguidade, e perdurou até aproximadamente o final do século VIII. Sua característica marcante é da existência de Constituições consuetudinárias (não escritas), baseadas nos costumes e precedentes judiciais, sem um documento formal organizado por escrito. Os destaques deste período histórico são o Estado Hebreu (era teocrático, e os dogmas religiosos limitavam os soberanos e impunha regras aos seus súditos), a Grécia, a Roma e a Inglaterra.

Em seguida, teve início a fase do constitucionalismo moderno, do final do século XVIII até o fim da II Guerra Mundial (1945), momento histórico relacionado com as revoluções liberais, quando surgiram as constituições escritas e formais. As duas experiências marcantes deste período foram a norte-americana e a francesa. A primeira resultou na criação de uma Constituição escrita (a primeira do mundo, em 1787), formal e rígida (isto é, com processo de alteração mais rigoroso do que o das leis ordinárias), dotada de supremacia, o que significa que é hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico e, via de consequência, há a possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade das leis. A segunda

(francesa), com a influência da Revolução de 1789, criou a primeira Constituição escrita da Europa (1791), e diferentemente da norte-americana, era prolixa, com a previsão de diversos direitos fundamentais.

Estes documentos jurídicos tiveram fortes influências na maioria das Constituições ocidentais, incluindo a brasileira, como explica PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, 2011 (pág. 46):

A assertiva de que a Constituição tem valor de norma – e de norma suprema do ordenamento jurídico –, se hoje passa por um truísmo, é, na realidade, um produto do pensamento constitucionalista, que culmina uma sucessão de registros de inteligência sobre o tema, muitas vezes desconhecidos. O prestígio jurídico da Constituição, no momento presente, é resultante da urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder de etapas da História. Importa lançar olhos sobre essa evolução, até para melhor compreender os fundamentos do direito constitucional da atualidade.

Ainda no constitucionalismo moderno, é destacada a fase da I Guerra Mundial até o fim da II Guerra Mundial. O filósofo N. BOBBIO difundiu a ideia de que “*os direitos não são dados pelo Estado, mas conquistados pela sociedade*”. Nessa linha, começou-se a perceber que não bastava uma atuação negativa do Estado para serem implementados os direitos fundamentais dos indivíduos, sendo necessária também uma atuação positiva para proteção dos hipossuficientes e vulneráveis, alcançando assim uma igualdade material (e não apenas formal). Com este pensamento, a imagem de Estado liberal entrou em crise, agravada pela situação do período “entre guerras”.

O constitucionalismo começa a ser visto não apenas como teoria política para limitar o poder, mas também com objetivos de concretização de direitos e garantias dos indivíduos. De forma objetiva, CANOTILHO, 1993 (pág. 51) diz que o constitucionalismo é a teoria:

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

A partir do fim da II Guerra Mundial inicia a fase do constitucionalismo contemporâneo (que segue até os dias atuais), chamado por alguns doutrinadores de “neoconstitucionalismo”. Além de somar as características da fase imediatamente anterior (direitos civis e sociais), consagrou o reconhecimento definitivo da força normativa da Constituição, expressando que a Magna Carta não traz uma lista de conselhos, mas é um documento contendo normas jurídicas, obrigatórias e vinculantes para todos os Poderes (HESSE).

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) foi elaborada ao abrigo do constitucionalismo moderno, cujas principais características são a supremacia das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas, e a divisão dos poderes de modo a funcionarem de maneira independente e harmônica (artigo 2º).

Sua promulgação ocorreu logo após o fim do regime militar, e as relações entre os poderes políticos e o Poder Judiciário passaram por uma reciclagem. Exatamente por isso, a Constituição de 1988 trouxe aos magistrados as prerrogativas institucionais, nelas incluída a independência funcional.

As Constituições promulgadas no mundo ocidental nesse mesmo período, passaram a ser prolixas (analíticas), com ampla previsão de direitos fundamentais, surgindo a concepção de “constitucionalização do direito”, e trouxe como resultado a consagração de outros ramos do Direito no texto constitucional, a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares uma vez reconhecida a eficácia horizontal, e a interpretação das leis à luz da Constituição (“filtragem constitucional”).

Os textos, por vezes, não eram unívocos, e assim, era possível compor mais de uma técnica de interpretação válidas. Antes, o que havia era mera subsunção das normas (no positivismo), e então, passou-se ao modelo de aplicação do Direito com a ponderação (no neoconstitucionalismo).

Houve, também, o fortalecimento do Poder Judiciário como um todo, responsáveis pela fiscalização da constitucionalidade das leis. Esta característica do neoconstitucionalismo tem relação direta com a judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial. Para compreender a função do Poder Judiciário neste período, a lição de CAGGIANO, 2011 (pág. 20):

Em particular no que toca à figura do Juiz, nova missão é introduzida. Em razão do território alongado em que agora atua – quer em virtude da ampliação da esfera interpretativa, quer por deter a competência do controle de constitucionalidade – o Poder Judiciário assume papel diferenciado. Uma outra perspectiva, uma outra dimensão, passando, nesta sua tarefa, a envolver a responsabilidade pela interpretação constitucional e, conseqüentemente, pela aplicação concreta de critérios de interpretação legal resultantes do esforço de hermenêutica. Uma função orientadora. De uma justiça constitucional defensiva aporta, no século XXI, na configuração de uma justiça constitucional de orientação.

Portanto, da análise do constitucionalismo, é possível concluir que a função precípua da Constituição de um Estado é a limitação do poder e a garantia dos direitos fundamentais, e percebe-se um momento peculiar dessa trajetória.

Em síntese, o constitucionalismo remonta à Idade Média, período em que as primeiras regras de proteção de direitos individuais foram registradas, na Magna Carta de 1215, porém, é na Idade Moderna que este movimento ganhou força, como dito alhures, após o *Bill of Rights* de 1689, que foi o marco histórico para determinar que as Constituições passassem a ser escritas (como regra), e com a compreensão de que o titular do poder é o povo.

Contudo, é necessário frisar que no Brasil, o neoconstitucionalismo sofreu adaptação, recebendo, por isso, duras críticas à sua consagração. Mencionam-se três marcos caracterizadores do período neoconstitucionalista. O primeiro, marco histórico, se relaciona com a redemocratização do país, inaugurando atividade das Cortes Constitucionais.

O segundo marco é o filosófico. É lançada a ideia de que o jusnaturalismo não foi superado, porque mesmo após o desenvolvimento da teoria pura do Direito (KELSEN) e do positivismo jurídico, com base em marcos teóricos (BOBBIO), muito mais operacional que a estrutura jusnaturalista, afirmava-se necessária uma leitura moral do Direito. O neoconstitucionalismo busca revelar um moralismo nas concepções jurídica, associado ao pós-positivismo, que busca a aplicação da ética e da moral para o Direito.

O terceiro marco do neoconstitucionalismo é o teórico, que destaca: a) força normativa da Constituição, que passa a ter uma supremacia normativa, e não apenas formal; b) expansão da jurisdição constitucional (fortalecimento do controle de

constitucionalidade, como consequência da supremacia, e da rigidez; c) nova interpretação constitucional, uma vez que os textos não são unívocos, e é possível compor mais de uma técnica de interpretação válida. Antes, o que havia era subsunção (no positivismo), e isso mudou para a ponderação como forma de aplicar o Direito.

A força normativa da Constituição impõe a obrigatoriedade da observância das normas constitucionais, através do desenvolvimento da jurisdição constitucional (segundo aspecto teórico do neoconstitucionalismo), e da constitucionalização do Direito, isto é, aplicação direta e imediata das normas constitucionais aos casos concretos pelos juízes. Nessa linha, o pensamento de HESSE, 1991 (pág. 22), ao explicar a máxima concretude das normas constitucionais:

(...) a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação fala deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

A nova hermenêutica constitucional traz um poder mais amplo ao juiz, que passa a fazer ponderação apriorística do Direito. O conteúdo aberto e principiológico das normas constitucionais permite ao juiz uma elasticidade dentro dos casos em que aplicará, de forma direta e imediata, a norma constitucional. Segundo RAMOS, 2015 (pág. 88):

Não resta a menor dúvida de que as Constituições principiológicas trazidas pelo constitucionalismo social-democrático e atuadas pelas Cortes Constitucionais, de um lado, contribuíram para limitar, significativamente, a liberdade de conformação do direito infraconstitucional pelo Poder Legislativo, porém, de outro, acentuaram a criatividade no exercício da jurisdição

O texto constitucional pode ser interpretado, contudo, o problema é a norma

ser construída a partir de interpretações sucessivas.

No positivismo pode ser utilizada a ponderação, em que se procura a norma com peso maior (é o elemento sistemático que vai dizer qual é). O problema é que o neoconstitucionalismo usa argumentos principiológicos (há uma supervalorização dos princípios). Se o constitucionalismo quer limites através da Constituição, deve ser dada prioridade às regras. Os princípios devem ser usados para a construção do Direito.

Imperioso dizer que os princípios possuem extrema relevância para os sistemas jurídicos. Os princípios trazem um bem jurídico a ser alcançado como justiça, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, eficiência, etc. Trazem em si valores essenciais a um Estado de Direito, tal como a liberdade.

Contudo, como existem diversos princípios que convivem simultaneamente no mesmo ordenamento jurídico, no momento em que surge uma tensão, não há como ser feita a aplicação pela premissa do “tudo ou nada”, como para as regras. Quando é possível a harmonização dos princípios, a solução prática é simples, basta a aplicação concomitante deles. Porém, quando não há como ser feita a aplicação de todos os princípios aparentemente aplicáveis ao caso concreto, a técnica utilizada deve ser a da ponderação, em que são feitas concessões recíprocas entre os princípios, fazendo escolhas. Ponderar significa pegar normas que protegem valores diferentes e atribuir pesos a essas normas em função da realidade fática (BARROSO).

O risco que surge com a aplicação desmedida da ponderação dos princípios de forma casuística é uma porta aberta para a arbitrariedade. Se há uma politização da função jurisdicional, a ponderação com a possibilidade de o próprio julgador atribuir o peso que entender adequado ao caso para determinado princípio, confere um poder, de certa forma, discricionário, e não previsto na Constituição.

Os postulados, aplicados dessa maneira, não são compatíveis com a democracia porque parte do pressuposto da hipertrofia do Poder Judiciário para atuar, invadindo os outros Poderes, que na verdade, não têm exercido adequadamente suas funções. Além disso, se vale da supervalorização dos princípios, que usa a técnica da ponderação para interpretação, acarretando decisões casuísticas. De acordo com FERREIRA FILHO, 2011 (pág. 371):



É certo que é bem próprio do neoconstitucionalismo sustentar a “superação da regra pelo princípio”. Isto não pode significar outra coisa senão que o aplicador do direito pode ignorar a regra expressa na lei – expressão da vontade geral, portanto da democracia, pelo que lhe parece a conveniente adequação do princípio ao caso.

A Constituição é a lei suprema do Estado, eis que os poderes por ela constituídos, as regras e princípios de todo ordenamento jurídico, lhe devem subordinação, e para tanto, possível o controle de constitucionalidade.

Ao tratar do Direito e desenvolvimento, é importante saber como o Poder Judiciário vem interpretando a Constituição Federal, e como o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, usa construções pincipiológicas e técnicas de ponderação em suas decisões, com efeitos diretos no processo de desenvolvimento do país.

### 1.3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Após a consagração do constitucionalismo no ordenamento jurídico dos diversos Estados Democráticos do mundo ocidental, tornou-se relevante a questão da interpretação das normas constitucionais. Isso porque, em virtude da carga pincipiológica, e a inserção de conceitos jurídicos indeterminados na Constituição, era necessário ao operador do Direito buscar o sentido e alcance de seu conteúdo no caso concreto. Segundo BARROSO, 2017 (pág. 427), “*em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos*”.

A supremacia da Constituição implica na realização de uma “filtragem constitucional”, isto é, os ramos do Direito devem ser compreendidos de acordo com os valores inseridos na Constituição, assim como, o operador do Direito deve verificar a compatibilidade da lei ou ato normativo com a Lei Maior. Para CANOTILHO e MOREIRA, 1991 (pág. 45): “*A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo*”.

A Constituição tornou-se não apenas parâmetro, formal e material, para o

controle de constitucionalidade, mas também vetor interpretativo para todo o sistema jurídico.

Da mesma maneira, a possibilidade de o Poder Judiciário realizar interpretação constitucional, tornou-se assunto delicado. A rigor, o órgão possui legitimidade para afastar a aplicação de leis consideradas inconstitucionais, bem como realizar interpretação que resulta, por vezes, em texto normativo distinto daquele procurado pelo legislador. Mas essas possibilidades vão de encontro ao aspecto “contramajoritário” do Poder Judiciário.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal brasileira, foi elaborada pelo poder constituinte originário, que possui as seguintes características: a) inicial, por inaugurar a ordem jurídica, não havendo qualquer outro poder superior a ele; b) autônomo, pois seus integrantes são livres para escolher o que constará no texto constitucional; c) incondicionado, porque não está submetido a nenhuma regra de forma ou de conteúdo. A titularidade do poder constituinte originário pertence à Assembleia Nacional Constituinte, que revela a vontade do povo, entretanto, a Constituição é, posteriormente, interpretada por membros do Poder Judiciário, que não são eleitos.

O que não pode ser ignorado é que os órgãos do Poder Judiciário, incluindo o Supremo Tribunal Federal, é poder constituído, e não pode menosprezar o arranjo institucional criado pelo poder constituinte originário. Nesse sentido, o MS 23.452-1/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999:

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.

Deixar os magistrados interpretarem a Constituição livremente, sem a observância dos limites impostos pela sua própria função, coloca em risco a separação dos poderes, porque, em um Estado Democrático de Direito, a interpretação da Constituição Federal e a aplicação das normas infraconstitucionais ficam a cargo de pessoas não eleitas pelo povo.

No momento de criação do Direito, não há como separá-lo da política. Segundo HESSE, 1991 (pág. 09), as “*questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas*”. O Direito é produto do processo legislativo nas democracias, ou seja, da vontade das maiorias. No Brasil, a convocação da Assembleia Nacional Constituinte para elaboração da Constituição da República em vigor se deu por um ato estritamente político. Para ilustrar, a lição do constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2012 (pág. 87):

(...) a EC n. 26, de 27.11.85, ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político. Se convoca a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituirá a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político

No entanto, ao aplicar o Direito, a separação com a política é desejável e necessária, para que existam as bases de democracia do Estado. Assim, após a definição dos poderes constituídos, cada qual exercerá suas funções constitucionais, dentro dos parâmetros definidos na Constituição.

A principal forma de identificar a separação do Direito com a política é conferindo independência ao Poder Judiciário (através das garantias institucionais e garantias funcionais dos magistrados), ao mesmo tempo em que se impõe a vinculação dos juízes ao direito posto (não podem criar o Direito, suas decisões devem ser baseadas em normas).

Os juízes no ambiente positivista se valem da ponderação, procurando a norma com peso maior (é o elemento sistemático que vai dizer qual é). O problema é, como dito acima, os argumentos principiológicos oriundos do neoconstitucionalismo (há uma supervalorização dos princípios). A ponderação dos princípios de forma casuística é uma porta para a arbitrariedade, com a conseqüente politização da jurisdição, por isso a necessidade de ser respeitada a moldura em que concebido o Poder Judiciário.

Se o constitucionalismo quer impor limites através da Constituição, deve ser dada prioridade às regras. Os princípios devem ser usados para a construção do Direito. O texto normativo nem sempre é completo por si só, mas é claro que existem balizas para sua interpretação, mesmo quando se tratar de conceitos jurídicos

indeterminados. O texto não deve ser bitolado a uma interpretação literal, e pode ser interpretado, contudo, a norma é construída a partir de seguidas interpretações, partindo do quanto disposto na lei. Desta maneira, explica RAMOS, 2015 (pág. 142):

No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício da discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado

A conclusão acima esposada não quer dizer que ao Poder Judiciário está impedido de interpretar normas constitucionais. No Brasil todos os juízes são juízes constitucionais, uma vez que adotamos o sistema de controle de constitucionalidade misto, ou seja, o concentrado e o difuso, e neste último, é permitido que qualquer magistrado faça a avaliação sobre a constitucionalidade ou não de uma lei, e também, que conceda direitos subjetivos, com fundamento de validade extraído do próprio texto constitucional.

O que se tem vivenciado, contudo, é uma judicialização de políticas públicas, que para alguns autores levam à politização da justiça. A interpretação da Constituição, feita pelo Supremo Tribunal Federal, como previsto na Carta de 1988, confere poderes para controlar a constitucionalidade dos atos jurídicos, mas “*ao lado de seu papel tradicional de fiscal da legalidade, um novo, o de guardião da legitimidade*”, segundo FERREIRA FILHO, 2011 (pág. 206), que segue explicando:

Fê-lo para aprimorar o controle judicial da atuação dos demais Poderes públicos. Acarretou, porém, um efeito perverso – reflexo imprevisto de institutos adotados como inovações positivas – exatamente o de judicializar o tratamento de questões políticas ou político-administrativas e, conseqüentemente, de dar uma dimensão política à atuação desse Poder, até então visto como “neutro”

A jurisdição constitucional, como sói acontecer, é regida pelos princípios fundamentais do processo, e dentre eles, o da inércia da jurisdição previsto no artigo 2º do Código de Processo Civil: “*O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei*”. Recebendo o magistrado uma demanda judicial, deve realizar o julgamento, em obediência ao

princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e ao artigo 140 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, vedado o *non liquet*, ou seja, possibilidade de escusa do julgamento porque não há lei para ser aplicável ao caso concreto.

Essa ausência de lei deve ser oriunda de uma lacuna, e o próprio ordenamento jurídico traz as soluções para o caso, no artigo 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Importante distinguir a analogia – meio de integração do direito para colmatar lacunas do ordenamento jurídico – com a interpretação. No caso específico da omissão constitucional, se o Direito depende de suprimento a ser realizado pelo legislador ordinário, e o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional preenche esse vazio, está criando o Direito, e não apenas interpretando. As normas constitucionais que preveem direitos subjetivos, associadas com a realização de políticas públicas pelo governo. Ou seja, a norma constitucional que depende de um complemento, é atuação governamental, com natureza política (e não jurídica). O Poder Judiciário está autorizado a deferir direitos públicos subjetivos legislados, entretanto, a ingerência no planejamento das políticas públicas não é função que lhe foi conferida pelo texto constitucional.

Esse exercício da função jurisdicional além dos limites impostos pela sua própria atribuição constitucional é a característica marcante do ativismo judicial. Diversos questionamentos orbitam sobre essa temática, uma vez que ao mesmo tempo em que o ativismo é considerado exercício da função jurisdicional que sobeja seus limites, as políticas públicas que foram inseridas na Constituição não podem ficar ileas a qualquer controle judicial. Nesse sentido, BARCELLOS, 2005 (pág. 92):

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo

Na compreensão consolidada do constitucionalismo (e o neoconstitucionalismo) o significado da superioridade da Constituição e a força normativa das normas constitucionais criaram uma conjuntura propícia à judicialização de matérias políticas e de políticas públicas.

Somado a isso, pode ser mencionado um sistema político ineficiente, com a ausência da discussão de temas relevantes pelo Congresso Nacional, e omissão do Poder Executivo em concretizar políticas públicas. Diante desse vácuo, o Poder Judiciário se apropria das funções dos outros Poderes, usando como instrumento o ativismo judicial.

Em certa medida, o Supremo Tribunal Federal não se atém ao texto da Constituição como parâmetro de controle das políticas públicas realizadas pelos outros Poderes. Na sua atuação, usa os fins almejados pelo Estado, dotados de conceitos jurídicos vagos como “interesse público” como parâmetro. Assim ensina GRINOVER, 2011 (pág. 29):

O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado

Do até agora exposto percebe-se que o ativismo judicial pode variar a sua conceituação desde uma anomalia presente no sistema jurídico até uma solução aclamada, especialmente pela sociedade civil, à inércia dos Poderes Políticos do Estado.

O confronto entre essas ideias é a pedra que move o presente trabalho, eis que as duas linhas de pensamento demonstram impactos para o desenvolvimento nacional, contudo, em sentidos diametralmente opostos.

#### **1.4. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ATIVISMO JUDICIAL**

Não é apenas uma situação que determina o comportamento ativista do Poder Judiciário brasileiro nos dias de hoje, mas a soma de fatores institucionais, sociais e políticos. Todos eles serão abordados, dentro dos limites propostos por este trabalho,

e na medida em que sejam necessários para a correlação com a temática do Direito e desenvolvimento.

Para compreender o ativismo judicial é preciso avaliar esses fatores, bem como compreender a expressão “*ativismo*”, pois não tem origem jurídica e nem é usada exclusivamente pelo Direito.

Ao afirmar que alguém ou algum órgão adota uma postura *ativista*, significa dizer que é partidária do ativismo, e aqui deve ser compreendida como uma postura firme, enérgica de certa forma, para implementar determinado pensamento ideológico.

De acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa de BUARQUE DE HOLADA FERREIRA (2008), o verbete *ativismo* é assim definido: “*Ativismo sm. 1. Doutrina ou prática que preconiza ação política vigorosa e direta. 2. Militância*”. E ainda, mais detalhado, o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa (MICHAELIS, 2018):

#### ATIVISMO (sm)

1 FILOS Doutrina de vontade criativa que prega a prática efetiva para transformar a realidade em lugar da atividade puramente especulativa.

2 POLÍT Doutrina ou prática de dar ênfase à ação vigorosa, por exemplo, ao uso da força para fins políticos; militância política.

3 POLÍT Ação intencional que decorre de uma grande variedade de motivações políticas e pode assumir diversas modalidades de expressão, como, por exemplo, o envio de cartas à mídia impressa e eletrônica, comícios, greves, sabotagem, resistência passiva ao governo, manifestações de rua e, nos casos mais extremos, táticas de guerrilha e terrorismo.

4 LIT Gênero literário que atua diretamente no campo político e no social. (Por confundir-se muitas vezes com o panfleto e a propaganda, esse tipo de literatura frequentemente produz textos que não demoram a se tornar datados).

Das definições acima esposadas conclui-se que o ativismo está relacionado à “vontade criativa”, “ação vigorosa”, “militância política”, e que pode assumir “diversas modalidades de expressão”. Todos esses conceitos, de alguma maneira, se relacionam ao ativismo judicial.

Quando se importa uma palavra comum para ser usada de forma técnica pelo Direito, ocorre um ajustamento de seu significado para melhor se adequar ao sentido que se pretende empregar. A valoração da palavra “ativismo” no Direito tem abordagem negativa, isto é, revela uma postura pejorativa. Nesse sentido, TAVARES,

2012 (págs. 49/50):

O termo “ativismo”, ao contrário do que ocorre em outros segmentos e áreas da atuação humana e pública, quando atrelado à Justiça Constitucional e ao Poder Judiciário, tem assumido uma conotação negativa. Costuma ser empregado, nesse sentido, para indicar a atuação judicial que ultrapassa os limites próprios e tradicionais do Judiciário ou da Justiça Constitucional

A expressão “ativismo judicial” pode ter enfoque positivo ou negativo. Para alguns autores pode ser compreendido como uma forma proativa do Poder Judiciário agir, especialmente para implementar direitos fundamentais, enquanto que para outros, significa uma disfunção na atuação dos magistrados ao exercerem a função jurisdicional constitucionalmente outorgada.

Para a primeira concepção, pode ser mencionado BARROSO, 2017 (pág. 445):

(...) a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes

Assim, para BARROSO, 2008, o ativismo judicial pode ser definido como:

(...) modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Os juízes não podem ser acusados de serem criativos quando caminham pelas estradas previamente delineadas pelo sistema, e sendo criativos nesse enquadramento, não podem sofrer represálias. Quando o Poder Judiciário prolata decisões nos casos concretos, realiza interpretações previamente autorizadas pelo ordenamento jurídico, e quanto a isso não há qualquer questionamento. Por esse motivo, alguns autores entendem que o ativismo judicial deve ser estudado sob o ponto de vista de parâmetros dogmáticos. Nesse sentido, RAMOS, 2017 (pág. 34/35):



A aplicação de normas constitucionais, como restou assentado pela Hermenêutica filosófica, não pode ser apartada, salvo em termos lógico-conceituais, da tarefa de interpretar, de fixar o sentido dos textos de que emanam. Por outro lado, a Teoria da Interpretação é o aspecto mais evidente da diferenciação que se faz entre as vertentes doutrinárias da Teoria do Direito atual. Daí por que, ao menos em nível de pressupostos teoréticos, há a necessidade de se construir o conceito de ativismo judicial de um modo mais amplo, assentado em determinada maneira de entender o direito e de proceder à interpretação-aplicação de seus preceitos normativos

Como visto em capítulo anterior, a fase do constitucionalismo que se vive no atual momento histórico – o neoconstitucionalismo – conferiu prestígio às normas principiológicas, dando azo a uma liberdade de interpretação aos juízes, o que, somado ao controle de constitucionalidade, permite a judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial.

Em virtude desta carga valorativa mais acentuada dos princípios, e o seu conteúdo aberto, a aplicação requer hermenêutica diferenciada das normas, que se contentam com o sistema da subsunção (premissa maior: norma; premissa menor: fato; e conclusão: aplicação ou não da regra), também chamada de técnica do “tudo ou nada”.

Diferentemente, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Desta maneira, os princípios não podem ser excluídos de forma categórica, e casuisticamente são aplicados com maior ou menor intensidade. Por isso, a hermenêutica utilizada é a da *ponderação*, implicando na escolha do princípio mais adequado para nortear determinada situação, com o uso da proporcionalidade e razoabilidade, ao mesmo tempo em que não deixa de considerar os outros princípios também envolvidos.

As regras são mandamentos de definição, normas que devem ser aplicadas na medida exata de suas prescrições, através do procedimento da subsunção, como por exemplo, normas que definem critérios para concorrer a cargos eletivos, norma penal incriminadora, etc.

Esse exercício intelectual de interpretação, feito especialmente pelos juízes e tribunais no momento da aplicação das *normas constitucionais*, passou a demonstrar,

por vezes, um uso ilimitado do poder de decidir casos concretos, quando judicializadas questões envolvendo políticas públicas. Nas palavras de BARROSO, Tomo III, 2004 (pág. 26): “A existência da ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial”.

Ao aplicar normas constitucionais (princípios e regras) diretamente ao caso concreto, o Poder Judiciário passou a fazer uso irrestrito do ativismo judicial para criar ou implementar políticas públicas e governamentais, especialmente aquelas previstas em normas programáticas ou de caráter institutivo, imiscuindo-se na competência dos outros poderes que possuem competência para tanto. Nas palavras de TAVARES, 2012 (pág. 50):

Em uma definição mais direta, ativismo judicial é a atividade decisória judicial (ou de Tribunal Constitucional *ad hoc* do Judiciário) adotada com usurpação de funções ou excesso. A expressão, contudo, passou a ter seu uso alargado para atacar toda e qualquer decisão judicial que não pode ser captada pela teoria clássica formada nos albores do liberalismo (...).

Outra parte do ativismo, em sentido ainda pejorativo, diz respeito às decisões judiciais de cunho estritamente político e, portanto, nitidamente contrárias aos pressupostos constitucionais de atuação do Judiciário ou da Justiça Constitucional.

Certo é que o ativismo judicial é um espectro entre Direito e política, contudo, os juízes e tribunais devem identificar as competências que não lhes pertencem, e respeitar as leis, e as decisões discricionárias do administrador público, ainda que não concorde com elas.

O abalo nesse equilíbrio, demandado pelo princípio da separação dos poderes, coloca em risco a democracia e o desenvolvimento nacional, como será adiante explorado.

Ainda que tenha sido a opção metodológica deste trabalho analisar o ativismo judicial perante a Constituição de 1988, é oportuno lembrar que o seu avanço se deu nas diversas Cortes Constitucionais do mundo, e não é uma exclusividade do Estado brasileiro, sendo certo que os fatores estimulantes para o seu crescimento estão presentes na maioria dos países democráticos do ocidente. É claro que, as vicissitudes de cada país, mormente em razão do sistema jurídico adotado, se *civil law* ou *common law*, podem alterar a importância desses elementos impulsionadores

do ativismo judicial.

A característica marcante do sistema do *common law* (popular nos países de origem anglo-saxônica) é ter como fonte principal do Direito os precedentes, isto é, as decisões judiciais que interpretam o Direito, com efeitos vinculantes. Essas decisões se aplicam a casos futuros iguais, e podem inclusive serem invocadas pelas próprias partes interessadas. Em contrapartida, o sistema do *civil law* (comum nos países que sofreram influência do Direito romano-germânico, como o Brasil), usa o direito positivado como fonte primária do Direito. As leis positivadas, de forma geral e abstrata, são aplicadas aos casos concreto que com elas sofram subsunção.

Note-se que, no primeiro sistema, o ativismo judicial não parece ser uma anomalia, porque aos juízes em geral está autorizada a interpretação criativa do Direito, e a eles está autorizada uma postura proativa, sendo difícil visualizar um eventual abuso na interpretação do Direito. Contudo, no segundo sistema, do *civil law*, a regra é a obediência ao Direito posto, e em um primeiro momento, a criação do Direito pelos magistrados apresenta-se como um equívoco. Existe uma metodologia própria para a interpretação, e a dogmática deve ser respeitada, sob pena dos juízes praticarem um abuso na função jurisdicional.

Entretanto, é sabido que no mundo globalizado que se vive atualmente, os sistemas jurídicos não são mais puros como no momento da criação, seja pela influência dos estudos comparados, seja pelas relações políticas e econômicas entre os diversos países do globo. Os institutos jurídicos são importados e exportados, e países que adotam o sistema do *civil law* importam preceitos do sistema do *common law*, e vice-versa, criando adaptações necessárias.

No Brasil, onde adotamos o sistema do *civil law* (com a vinculação do proceder judicial ao direito positivo), criou-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal realizar atividade normativa, por meio da súmula vinculante. Em 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que inseriu em nossa Constituição Federal o artigo 103-A, com a seguinte redação:

Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração

pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Portanto, havendo decisões iterativas em determinado sentido, o Supremo Tribunal Federal pode aprovar súmula com efeito vinculante a todo Poder Judiciário e ao Poder Executivo, atribuição tipicamente normativa, ou na expressão de FERREIRA FILHO, 2008 (pág. 268), “*função paralegislativa*”.

A edição de súmulas pelos tribunais é conduta há muito adotada em nosso país. A súmula nada mais é do que o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal, traduzida em forma de verbetes sintéticos. Os Tribunais de Justiça (federais e estaduais), e Tribunais Superiores editam súmulas, todavia, a vinculação ao seu verbete é restrita aos membros do próprio órgão editor. Para os demais magistrados, sua função é, basicamente, um elemento de interpretação, na oportunidade em que proferem suas decisões fazendo uso do livre convencimento motivado.

Porém, as súmulas vinculantes possuem um efeito distinto. Explicam NERY JUNIOR e NERY, 2012 (pág. 665):

Atendidos os requisitos da CF 103-A e da LSV, editado o verbete e incluído na Súmula vinculante do STF, a tese afirmada pelo STF vincula todos os órgãos do Poder Judiciário do País e os órgãos da administração direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, ou seja, esses órgãos têm de decidir conforme o que dispuser a súmula vinculante.

Não se nega que a criação de súmulas é benéfica para a uniformização da

jurisprudência de tribunais, mas exigir a sua observância de forma compulsória, passa a deixar a função jurisdicional muito próxima à legislativa.

A Súmula vinculante foi inspirada na doutrina do *stare decisis* do direito norte-americano, onde é adotado o sistema do *common law*, com maior prestígio aos precedentes. Entretanto, com ela não deve ser confundida.

Em que pese as influências sofridas reciprocamente entre os sistemas – como dito acima –, o sistema brasileiro continua sendo o do *civil law*, em que deve ser respeitada a primazia da lei. Mesmo com a inclusão das súmulas, com efeitos vinculantes em nosso sistema jurídico, deve ficar assentado que na cimeira do ordenamento encontra-se a lei, que não pode ser afastada por uma interpretação pretoriana. Assim explicam NERY JUNIOR e NERY, 2012 (pág. 666):

Não se ignora que no sistema do *civil law* as decisões já tomadas por tribunais superiores são extremamente importantes para a solução dos casos. Contudo, nos países que adotam esse sistema, como é o caso do Brasil, deve existir a *primazia da lei*. Esta não pode ocupar posição hierárquica inferior a de um enunciado normativo proferido por tribunal.

Logo, mesmo que o Supremo Tribunal Federal edite uma súmula vinculante sobre determinada matéria, a lei deve prevalecer, acaso disponha sobre o mesmo tema. Não se pode afastar a vontade do parlamento em prol da jurisprudência reiterada e consolidada pelo Poder Judiciário, ainda que se trate do órgão de cúpula (o Supremo Tribunal Federal).

Ademais, a Emenda Constitucional nº 45, que incluiu a possibilidade de edição da súmula vinculante, foi recebida de forma tão efusiva pelo Supremo Tribunal Federal que, alguns dos verbetes são elaborados sem julgamentos repetidos. A Corte justifica com o fundamento de que essas “*reiteradas decisões sobre matéria constitucional*” (artigo 103-A, *caput*, da Constituição Federal) devem ser avaliadas no aspecto qualitativo, e não quantitativo. Esta interpretação do Supremo Tribunal Federal conflita com o texto da lei que é claro, ao se referir à reiteração das decisões.

Nesta oportunidade, necessário fazer referência à parte introdutória deste trabalho, em que destrinchada a importância da separação dos poderes e do Estado de Direito. Para retomar de forma didática ao tema, a lição de FERREIRA FILHO,

2004 (pág. 2):

Estado de Direito significa que o Poder Político está preso e subordinado a um Direito Objetivo que exprime o justo. Tal Direito – na concepção ainda prevalecente no século XVIII, cujas raízes estão na antiguidade greco-romana – não era fruto da vontade de um legislador humano, por mais sábio que fosse, mas sim da própria natureza das coisas.

Portanto, a edição de súmulas vinculantes em nosso atual ambiente institucional, é fator propulsor do ativismo judicial, porque são escolhidos temas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, sem a estrita observância dos requisitos formais (especialmente, de reiteradas decisões no mesmo sentido), e consolidado entendimento de observância obrigatória a todos os membros do Poder Judiciário, e à toda Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A inobservância da súmula vinculante está sujeita à reclamação constitucional (artigo 103-A, § 3º, da CF – supratranscrito), e caso o Poder Legislativo edite lei em sentido contrário ao do verbete, no momento de sua aplicação, poderá haver o questionamento por meio desta reclamação, eis que haverá a súmula vinculante em sentido diverso para justificar o seu acolhimento. Por isso, extremamente questionado este grande poder deixado nas mãos da Suprema Corte.

Seguindo com a contextualização para compreender o ativismo judicial no Brasil, passa-se a análise da Constituição Federal de 1988, elaborada no modelo de Estado de Bem-Estar Social, ou seja, com um amplo rol de direitos fundamentais de caráter sociais, a serem implementados pelo Estado. Possui caráter dirigente, assim entendida como a “*Constituição que estabelecerá um plano para dirigir uma evolução política*” (FERREIRA FILHO, 1997, pág. 14). Logo, as Constituições dirigentes possuem normas programáticas, com um plano de governo a ser concretizado, cuja omissão do poder político em alcançar as metas traçadas caracteriza a omissão inconstitucional.

Os direitos fundamentais elencados na Constituição (aqui entendidos como os direitos humanos reconhecidos e positivados no âmbito interno), deixaram de ser apenas prestigiados no texto constitucional, com aspectos de eficácia mínima, tais como vedação ao retrocesso e parâmetro de controle de constitucionalidade, para

terem força normativa, com a obrigação das prestações materiais concretas por parte do Estado. Essas ideias foram desenvolvidas a partir da Declaração Francesa dos Direitos do Homem em 1789.

Não se pode olvidar, contudo, que a abrangência dos direitos fundamentais como feita na Revolução Francesa foi teorizada por JELLINEK, através de suas críticas aos modelos de declarações de direito humanos precedentes, inglês e americano, nos quais, apesar da efetividade, conferiam direitos a uma parcela da sociedade somente (a elite), e não a todos os indivíduos da sociedade.

Os direitos fundamentais foram classificados em gerações, relacionadas com o momento histórico pelo qual passava o Direito. A origem dessa divisão doutrinária é de autoria de KAREL VAZAK, em exposição ministrada no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, no ano de 1979, quando associou o surgimento dos direitos fundamentais nas Constituições com o lema da Revolução Francesa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Seu estudo foi desenvolvido por outros autores, havendo quem inclusive afaste a expressão “gerações” para usar “dimensões”, porque a primeira traz a ideia de superação da geração anterior pela subsequente, quando, na verdade, os direitos fundamentais, uma vez conquistados, devem ser cumulados aos já existentes, não considerando qualquer deles superado. Mencionado autor identificou três gerações de direitos fundamentais que posteriormente foram aprofundadas, no Brasil, por PAULO BONAVIDES.

No período clássico ou liberal, foram consagrados os direitos fundamentais de liberdade, denominados de 1ª geração, englobando os direitos civis (vida, liberdade, etc.) e políticos. Os direitos civis são chamados de direitos de defesa pois as revoluções deste período eram impulsionadas pela burguesia, que buscava a limitação do poder absoluto, e a defesa dos direitos civis era a forma de proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado). Os direitos civis têm *status* negativo, exigem do Estado uma postura omissiva, de não interferência para o exercício dos direitos fundamentais. Já os direitos políticos são direitos de participação política do indivíduo nas decisões do Estado, através de representantes eleitos. Consagrada neste período a expressão “liberdades públicas”, relacionadas aos direitos essenciais de liberdade do indivíduo, tais como inviolabilidade de domicílio, liberdade de locomoção, liberdade

de expressão, etc.

Os direitos fundamentais de 2ª geração são os direitos de igualdade. Surgiram no período histórico em que se percebeu que a atuação negativa do Estado era insuficiente, sendo necessária uma postura ativa para a implementação de direitos como liberdade e igualdade, em sentido substancial. Duas foram as Constituições paradigmas nesse sentido: a Mexicana (1917) e a Alemã, de Weimer (1919). Os direitos que buscavam a igualdade passaram a perseguir seu aspecto material, voltados à redução das desigualdades fáticas através da atuação estatal, e foram compreendidos como direitos sociais, econômicos e culturais, com a característica marcante de serem direitos prestacionais.

Para a compreensão da igualdade material, o professor BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS sintetiza: “*Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza*”.

Diferente dos direitos civis, os direitos sociais exigem ações por parte do Estado, ou seja, têm *status* positivo. Vale destacar que com os direitos de 2ª dimensão surgem também as garantias institucionais, diante da percepção da importância de proteger as instituições, assim compreendidas como a família, a imprensa livre, independência funcional dos juízes, liberdade de religião, etc.

Com o fim da II Guerra Mundial (1945) surgem os direitos fundamentais de 3ª geração, ligados ao valor fraternidade, com indicação de um rol exemplificativo de direitos apresentado por PAULO BONAVIDES, 2006 (pág. 569): “*direito ao desenvolvimento, direito à paz, o direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação*”.

As três primeiras gerações (ou dimensões) dos direitos humanos são consagradas na doutrina brasileira, contudo, vale mencionar, em que pese ainda não representar um consenso entre os autores, a 4ª dimensão dos direitos fundamentais está relacionada com os direitos à democracia (direta, com o uso de mecanismos como o plebiscito, referendo, e a iniciativa popular), à informação (inclusive com maior transparência dos atos governamentais) e ao pluralismo. São direitos que asseguram a democracia substancial, ou seja, respeitar a vontade da maioria, mas também a proteção aos direitos da minoria.



Sobre essa dimensão, BOBBIO, 1992 (pág. 1) afirma: “*direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos*”.

Entretanto, no que se refere ao tema aqui estudado, relevância têm os direitos fundamentais de 2ª geração, ou seja, aqueles que buscam implementar a igualdade material dos indivíduos, através da atuação positiva do Estado.

São direitos que, via de regra, estão previstos na Constituição como direitos subjetivos da pessoa, mas que podem ser desrespeitados, por particulares ou pelo próprio poder público, por ação ou omissão. Os direitos subjetivos, uma vez violados, deflagram uma pretensão jurídica, autorizadora do ajuizamento de ação judicial para o seu cumprimento. Esclarece BARROSO, Tomo III, 2004 (pág. 74):

Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia, veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da constituição

As Constituições dirigentes, calcadas em normas programáticas, são elaboradas no sentido de realizar a implementação dos direitos sociais de forma paulatina. Não há como concretizar todos os direitos sociais de maneira imediata.

Nesse contexto, oportuno lembrar o estudo acadêmico feito sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. A classificação tradicionalmente feita por JOSÉ AFONSO DA SILVA, influenciado pela doutrina italiana, é tripartida, e largamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Divide as normas constitucionais em: a) de eficácia plena; b) de eficácia contida, c) de eficácia limitada, estas últimas subdivididas em de programáticas e de princípio institutivo. Para melhor compreender:

a) normas constitucionais de eficácia plena: aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os seus efeitos essenciais, todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, incidindo

diretamente sobre a matéria que lhes foi objeto. São aquelas normas que já nascem fortes, tão fortes que não podem ser enfraquecidas por qualquer comportamento normativo, político, judicial ou administrativo. Essas normas não são objeto deste estudo na medida em que não geram a chamada “síndrome da ineficácia das normas constitucionais”;

b) normas constitucionais de eficácia contida: também são normas que incidem imediatamente e produzem ou podem produzir todos os “efeitos queridos”, sendo que há meios que permitem conter a sua eficácia a certos limites circunstanciais. São as normas que iniciam sua trajetória no campo da eficácia da mesma forma que as normas de eficácia plena, diferenciando-se delas pelo fato de permitirem interferência em seu campo de atuação, podendo ter sua capacidade reduzida. São as normas fortes que podem ser enfraquecidas (sempre com a preservação de seu núcleo) por atividade normativa;

c) normas constitucionais de eficácia limitada: são normas que não produzem os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade suficiente;

d) normas programáticas: normas que instituem verdadeiros programas de ação social, econômica, religiosa e cultural, com a imposição do dever de legislação e de desenvolvimento constante, contínuo e renovável.

Em resumo, as normas constitucionais de eficácia plena preveem direitos que podem ser exercidos imediatamente, sem a necessidade de ser editada qualquer norma regulamentadora. As normas constitucionais de eficácia contida, possuem a mesma característica da plena, entretanto, podem sofrer restrições por norma infraconstitucional. Por isso, alguns autores preferem a denominação “*norma constitucional de eficácia restringível*” (BASTOS, 2010).

As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que produzem apenas os chamados “efeitos mínimos” ou “indiretos”, como revocatórios de lei em sentido contrário, parâmetro para declaração de inconstitucionalidade, vedação do retrocesso, etc., pois para produzirem os efeitos do conteúdo substancial da norma dependem da edição de ato normativo infraconstitucional.

Nos casos dessas omissões legislativas, a própria Constituição Federal possui instrumentos para colmatar os vazios. No caso de preservação dos direitos subjetivos dos cidadãos é possível que se lance mão do mandado de injunção (artigo 5º, inciso

LXXI, da Constituição Federal), e para a tutela pela via concentrada da omissão é cabível a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Constituição Federal).

A relação da omissão constitucional com o ativismo judicial surge na medida em que, no caso de direitos sociais constitucionalmente previstos, para concretizar da dignidade da pessoa humana, o dever de legislar é qualificado (e não genérico). Se o prazo é abusivamente descumprido haverá uma omissão inconstitucional.

Essa questão ganhou vulto a partir das Constituições Sociais Democráticas após a Segunda Guerra Mundial, com o planejamento para construção da igualdade entre os indivíduos, exigindo uma atuação positiva do Estado para a implementação dos direitos sociais. Teoricamente, os direitos sociais deveriam ser atendidos coletivamente (e não individualmente), por isso não se poderia aceitar um processo individual pleiteando um direito subjetivo dessa estirpe (o Estado não poder conferir o direito somente para quem entra com o processo). O ideal seria o Poder Judiciário conceder decisões favoráveis apenas em ações coletivas, pensando no efeito multiplicador das ações individuais.

A questão no plano individual orbita em torno da discricionariedade administrativa. O governo faz opções políticas considerando o interesse público, e no transcurso da execução desse plano estratégico, o Poder Judiciário não pode alterar essas escolhas, especialmente se em prol de um único jurisdicionado.

Por exemplo, o Poder Executivo realiza estudos e decide que determinado medicamento não entrará na lista de fornecimento gratuito, após, uma decisão judicial determina a entrega deste medicamento a um enfermo. O orçamento público é limitado e não tem como suprir integralmente as demandas da saúde do país. A decisão judicial, embasada por um perito do juízo, se torna mais qualificada do que a análise previamente feita pela Administração Pública. Isso é um equívoco.

A decisão judicial realiza uma “microjustiça”, sem mensurar seus efeitos globais. O Poder Judiciário deve qualificar as escolhas dos poderes políticos quanto à legalidade, isonomia, etc., mas não interferir no mérito dos atos discricionários.

Assim, no mandado de injunção (cujo pleito é individual) o objeto é restringido para melhorar a eficácia da decisão, porque, do contrário, enfraqueceria sua eficácia,

ao passo que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão o objeto é mais amplo, contudo, se mostra com pouca efetividade, quando não, sem qualquer efeito.

Por isso, em ambos os casos de omissão inconstitucional percebe-se um ambiente fértil para o exercício do ativismo judicial, e para melhor explicar, um tópico apartado.

#### ***1.4.1. Ativismo judicial na omissão inconstitucional***

A intervenção do Judiciário nas atividades do Estado, especificamente nas situações em que há omissão inconstitucional, é previsão expressa da Constituição Federal de 1988. Isso porque a chamada “síndrome da inefetividade das normas” atinge a alma da Constituição, e a ideia de que existem valores supremos que não podem se condicionar à ação ou omissão do legislador.

De fato, o texto de 1988 deixa claro em suas letras iniciais que vivemos em um Estado Democrático de Direito, e é o povo, com seus direitos fundamentais protegidos, titular e destinatário de suas atividades. Neste sentido assegura LUIZ GUILHERME MARINONI, 2014 (pág. 97/98):

Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependam de lei, pois hoje são as leis que tem sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas. Isso obviamente representa uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador. A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais.

A ideia aqui desenvolvida parte do pressuposto que deixar de dar cumprimento à Constituição é medida de amesquinamento de suas pretensões enquanto texto dirigente, como a proteção da dignidade humana e o projeto de desenvolvimento nacional com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses são os princípios fundamentais prescritos na Constituição Federal e vetores para a interpretação de todo sistema normativo, político, administrativo e jurisdicional, e determinadores de comportamento ativo das instituições sempre que, em alguma medida, houver seu descumprimento por ação ou omissão do Estado. Por esse viés é possível defender a ideia que a atividade do juiz no enfrentamento das questões relacionadas à omissão inconstitucional, nada mais é que o dever institucional de respeitar e dar cumprimento à Constituição.

Dessa forma, sempre que o legislador deixa de cumprir seu papel, que é, em primeira instância, o de assegurar a vontade do Constituinte e normatizar o texto Constitucional, ele está a violar a vontade do povo, e a deixar o sistema doente.

Assim, deixar de dar cumprimento aos comandos normativos constitucionais é inconstitucional. Essa consciência trouxe ao texto a previsão de medidas de controle dessas omissões violadoras dos direitos fundamentais, para a “doença” que criada pela inefetividade das normas, qual seja, o controle difuso pelo mandado de injunção e, no modelo concentrado, pela a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ambos instrumentos previstos na primeira versão do texto de 1988.

Verifica-se que o caso não é de qualquer omissão, ou a mera falta de uma norma regulamentadora, como no exemplo supracitado, a regulamentação em lei infraconstitucional sobre o salário mínimo previsto no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

A norma regulamentadora do salário mínimo foi criada, mas para atingir todas as finalidades constitucionalmente previstas, a questão é de políticas públicas. Não há omissão legislativa, mas falta de condições econômicas, e o Poder Judiciário interferir nesta seara acarreta no indevido ativismo judicial.

O planejamento orçamentário estatal não tem como cumprir, de forma imediata, todos os direitos sociais previstos no texto constitucional, por isso, transplantada do

direito alemão a teoria do mínimo existencial, que explicada na ADPF 45-9/DF, nas palavras do Ministro rel. Min. CELSO DE MELLO (j. 04/05/2004):

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 se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível

Portanto, o mínimo existencial deve ser encarado como prioridade na previsão orçamentária, contudo, essa escolha deve ser feita pelo Poder Legislativo ao criar a lei orçamentária, e pelo Poder Executivo, no momento de implementar suas políticas públicas. Ao Poder Judiciário não está autorizado participar dessa seleção de direitos, que em uma lista preferencial, são mínimos para a concretização da dignidade da pessoa humana.

#### *1.4.1.1. Capacidade de produção de efeitos das normas constitucionais*

A Constituição de um Estado estrutura as relações de poder nele dominantes: a) o poder político, representado pelos governantes, deputados, senadores e demais agentes políticos; b) o poder social, representado pelos estratos organizados da sociedade; c) o poder econômico, representado pelos detentores do capital; e d) o poder intelectual, representado pela consciência e cultura gerais. Todas essas relações fáticas de poder são chamadas de Constituição real de um país ou Constituição em sentido político, sociológico, econômico e cultural. Em contraposição a essa Constituição real há a conhecida Constituição jurídica, constituída pelas normas limitadoras da atuação do Estado, estatuidoras dos princípios constitucionais básicos e promovedoras dos direitos fundamentais (HESSE, 1991, p. 9).

A força normativa da Constituição é, assim, a pretensão de eficácia que as normas das Constituições Jurídicas possuem, que vai determinar permanente e

continuamente a sua máxima aplicação e efetivação, como forma de garantir a implementação dos valores consagrados pela própria Constituição. Reitera a ideia de que a Constituição é a norma fundamental e reconhece sua força vinculante, afastada da ideia de uma carta de intenções ou um roteiro com aspirações políticas e programáticas.

O reconhecimento da Constituição como norma jurídica e da pretensão de lhe dar força normativa incontestável, eficácia e aplicabilidade imediata não impediu que a doutrina se esmerasse em categorizá-las, como supramencionado, por meio de um sistema de gradação apto a classificá-las diferentemente, de acordo com as possibilidades de produzirem efeitos, disseminando a ideia de que existem distintos graus de normatividade e eficácia.

Como dito, e discorrendo sobre a capacidade das normas de produzir efeitos, JOSE AFONSO DA SILVA informa que as “*as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos uma das outras*” ressaltando que algumas delas dependem de regulamentação normativa para atingir os efeitos pretendidos pelo Constituinte. (SILVA, 2012, p. 75).

Essa é a razão da abordagem neste trabalho: as normas que dependem da atividade do Estado para conseguirem produzirem os efeitos pretendidos pelo constituinte é o grande celeiro do ativismo judicial.

A equação soma a força normativa da Constituição com a eficácia limitada das normas constitucionais, e traz como resultado condições próprias para a tempestade perfeita, pois apesar de saber que todas as instituições estatais estão obrigadas a dar real cumprimento aos valores constitucionais, é de fato o Poder Legislativo o responsável pela criação das normas jurídicas aptas a dar a efetividade pretendida pela Constituição, que por sua vontade incumbiu o Judiciário de resolver essas questões, em caso de inércia legislativa.

Partindo dessa compreensão do estudo sobre a “eficácia das normas constitucionais”, e também, da não pretensão de esgotamento do tema, mas tão-somente trazer dados consistentes para a construção de um trabalho que transpassa a questão do ativismo judicial, mister realizar o embasamento necessário para se identificar o âmbito de atuação do fenômeno da omissão inconstitucional.

Há de ser feita a distinção dos fenômenos da eficácia, aplicabilidade, validade, vigência, vigor e existência. Eficácia corresponde a aptidão de produzir efeitos

jurídicos, ou seja, norma eficaz é aquela apta a produzir efeitos na ordem jurídica. A aplicabilidade se refere à norma aplicável, ou seja, aquela que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos, sendo o mesmo que norma juridicamente eficaz (eficácia é potencialidade; aplicabilidade é realizabilidade, praticidade). Norma jurídica válida é a que foi produzida conforme as regras estabelecidas (devido processo legislativo, atendimento às normas organizativas, não ofensa às normas constitucionais). Norma vigente, enfim, é aquela que se encontra viável ao fenômeno da subsunção (SILVA NETO, 1999).

A análise da questão não é preocupação exclusiva da doutrina nacional, pois a doutrina estrangeira também enfrenta essa questão. Apenas a título de exemplo a teoria americana desenvolvida pelo Juiz da Suprema Corte THOMAS COOLEY faz a divisão das normas em normas constitucionais *self-executing* e normas constitucionais *not self-executing*. Pela bipartição se informa a singela situação de que algumas normas são auto executáveis e outras não. No Brasil foi RUI BARBOSA quem apresentou as ideias do autor americano, e as amparou com fundamentado na doutrina e na legislação pátrias para a bipartição classificatória (SILVA, 2012, pág. 73).

Por sua vez, o autor italiano VEZIO CRISAFULLI, trouxe relevante contribuição para a teoria da eficácia das normas constitucionais, uma vez que reconheceu a relevância das normas programáticas deflagrando a construção de um pensamento replicado na doutrina portuguesa com a ideia de uma Constituição dirigente. Nesse pensamento as normas constitucionais são classificadas em normas de eficácia plena (auto executáveis), de eficácia limitada de legislação (dependem da atuação do legislador), e normas de eficácia limitada programática (realização dos objetivos fundamentais), evidenciando que todas as normas possuem eficácia (SILVA NETO, 1999).

Se o autor americano foi apresentado por ser o primeiro a trazer essa distinção, o jurista italiano nos acrescenta, na medida em que, ao reconhecer as normas de eficácia limitada, as diferencia, atribuindo às normas de eficácia limitada o conteúdo programático, atrelada a realização dos objetivos fundamentais de um Estado.

Após a maturação das teorias expostas, alguns autores passaram a fazer uma classificação binária das normas constitucionais, especialmente para suprimir aquelas de efeito contido, porque, como alerta o professo JORGE MIRANDA, poderia trazer a



falsa compreensão de que seus efeitos ficariam reprimidos enquanto não regulamentadas pelo legislador ordinário.

Assim, os direitos fundamentais estariam previstos em dois tipos de normas constitucionais, em relação à sua eficácia. A primeira delas é a norma constitucional de eficácia plena, que não necessita de qualquer norma regulamentadora, produzindo integralmente seus efeitos desde a elaboração pelo Poder Constituinte. A segunda é a norma constitucional de eficácia limitada, com o mesmo sentido da classificação tradicional, mas subdividida de maneira diferente: a) norma constitucional de eficácia limitada preceptivas, que demandam providências normativas (jurídicas) por parte do legislador, como por exemplo, o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal (“*o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica*”); bastando, para o exercício da prerrogativa constitucional, a disciplina prevista em lei específica; e, b) norma constitucional de eficácia limitada programática, que depende, além da norma regulamentadora, a implementação de determinada política pública (ex. o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal prevê o direito fundamental de um salário mínimo ao trabalhador, com o valor fixado em lei, capaz de atender as *necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo*. Este salário mínimo, além da previsão por lei editada pelo Congresso Nacional, depende da previsão orçamentária previstas nas diretrizes do Governo, logo, além do ato normativo, é preciso uma política pública para atender esse direito).

Portanto, pormenorizado sobre as normas constitucionais que demandam complemento normativo por parte do Poder Legislativo, e implementação de políticas públicas e gestão administrativa por parte do Executivo, e omissos esses poderes, se abrem as portas para o ativismo judicial, o que acaba por invadir as funções políticas.

A rigor, o enfrentamento dessas omissões pelo Poder Judiciário seria desnecessário porque, o poder constituinte originário fez a previsão de sistemas de controle da omissão inconstitucional, através de mecanismos próprios, no âmbito individual ou de maneira difusa.

#### 1.4.1.2. O controle da omissão inconstitucional: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ideia de proteção em relação à falta de eficácia da Constituição Federal, como dito, veio ancorada em dois sistemas de controle. Ao considerar que esta omissão é inconstitucional o constituinte de 1988 criou mecanismos de defesa no modelo difuso e no modelo coletivo. O controle difuso da inconstitucionalidade por omissão vem previsto no capítulo dos direitos fundamentais da Constituição Federal, especificamente no artigo 5º inciso LXXI, no bloco final, que a doutrina convencionou denominar “remédios constitucionais”.

O dispositivo do texto informa que “*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”, esclarecendo, de início, que não é qualquer omissão que pode ser tutelada por mandado de injunção, mas apenas aquelas que inviabilizem o exercício dos citados direitos. É de se ressaltar que a inicial compreensão sobre essa previsão constitucional, redutora de suas possibilidades e condicionando o mandado de injunção aos direitos de primeira dimensão foi modificada com a ampliação da proteção do *writ* para todos os direitos fundamentais.

De fato, dentro do precário pacto social formado pelo constituinte de 1988 grande parte das questões controversas teve solução delegada ao legislador infraconstitucional, assim, tanto as normas constitucionais ditas de “organização” como as que regulam, por exemplo, a criação de municípios (artigo 18, parágrafo 4º), as que ordenam os transportes aéreos, aquático e terrestre (artigo 178), as que regulam direitos sociais, como a participação nos lucros e resultados (artigo 7º, inciso XI).

Nesses casos, as expressões “nos termos da lei”, “a lei definirá” e, “a lei regulará” são encontradas com frequência no texto constitucional, sinalizando que sua efetivação está em grande parte atrelada a atividade legislativa.

Além disso, esse novo remédio colocou na pauta os debates a respeito de seu campo de abrangência. Na decisão de mandado de injunção o Poder Judiciário resolveria a questão, dando solução ao caso concreto (posição concretista), simplesmente declararia a mora, e cientificaria o Legislativo sobre a omissão

inconstitucional (posição não-concretista), ou científicaria o Legislativo sobre a mora com um prazo para elaboração da norma, que caso não fosse cumprido, autorizaria a atividade solucionadora do caso concreto pelo juiz (posição intermediária).

Sobre o tema, inicialmente o Supremo Tribunal Federal decidiu em voto do Ministro Moreira Alves, no MI107, que o *writ* não abre possibilidade para a uma tutela jurisdicional mandamental ou constitutiva, mas simplesmente uma decisão declaratória de omissão constitucional. No mesmo julgamento o voto vencido do Ministro Carlos Velloso no sentido do caráter substancial do mandado de injunção, que não poderia ter seus efeitos equiparados ao da ação direta por omissão, na medida em que a questão posta fundamentava-se em direito subjetivo do cidadão. Há de se ressaltar que a primeira posição (não concretista) acabava por ser uma simples recomendação feita pelo Judiciário ao Legislativo, na medida em que inexistia (e inexistiu) qualquer forma de cogência em relação a este comportamento.

Posteriormente no ano seguinte e no MI 283, o Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, avançou para a posição intermediária, determinando que a falta da norma reguladora que inviabilizava o direito contido no parágrafo 3º, do artigo 8º do ADCT (*“Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”*), deveria ser resolvida no prazo de 60 dias, caso contrário teria o requerente direito à indenização contra a União, inclusive com perdas e danos.

Mais tarde, em 2008, o Supremo Tribunal Federal, com a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, regulamentando Direito de Greve dos servidores públicos civis (artigo 37, inciso VII) decidiu o MI 708 de maneira concretista, registrando que:

o STF não pode se abster de reconhecer que assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do Direito de Greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

Com este raciocínio o Supremo Tribunal Federal inverteu seu procedimento e determinou que se aplicassem aos servidores públicos civis a Lei nº 7.783/89, que regula a greve na iniciativa privada, até que houvesse o adimplemento da obrigação legislativa determinada pela Constituição, o que não ocorreu até este momento.

Por certo, outras ações igualmente importantes auxiliaram na construção de um remédio constitucional apto para sanar, em definitivo, a inercia do legislador<sup>1</sup> mas o que se pretende aqui demonstrar é que, paradoxalmente, a ação constitucional introduzida pelo texto de 1988 com a finalidade de enfrentar a falta de efetividade das normas constitucionais, veio também, dotada de baixíssima efetividade, e a situação só se reverteu a partir da construção mais assertiva (ou positiva) do Supremo Tribunal Federal.

Aliás, a própria Corte Suprema manteve, em seu endereço eletrônico, informações sobre os Mandados de Injunção em que foi dado provimento, mas persiste a omissão legislativa. Pode-se observar que as questões são importantes e a omissão ocorre quase 30 (trinta) anos após a promulgação da Constituição<sup>2</sup>.

Para ilustrar, seguem as decisões em que se declarou a mora do Poder Legislativo e cuja matéria ainda se encontra pendentes de disciplina:

<b>Processo</b>	<b>Relator</b>	<b>Data do julgamento</b>
<u>MI 788</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 795</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 796</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 797</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 808</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 809</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 815</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 825</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009

<sup>1</sup> MI 712, MI 721, MI 232, todos julgados pelo STF.

<sup>2</sup> Pagina acessada em 11/07/2018.

<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>

<u>MI 828</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 841</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 850</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 857</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 879</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 905</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 927</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 938</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 962</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 998</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 758</u>	Min. Marco Aurélio	1/7/2008
<u>MI 670</u>	Min. Maurício Corrêa	25/10/2007
<u>MI 708</u>	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007
<u>MI 712</u>	Min. Eros Grau	25/10/2007
<u>MI 721</u>	Min. Marco Aurélio	30/8/2007
<u>ADI 3682</u>	Min. Gilmar Mendes	9/5/2007
<u>MI 695</u>	Min. Sepúlveda Pertence	1/3/2007
<u>ADI 3276</u>	Min. Eros Grau	2/6/2005
<u>MI 278</u>	Min. Carlos Velloso	3/10/2001
<u>MI 95</u>	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
<u>MI 124</u>	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
<u>MI 369</u>	Min. Sidney Sanches	19/8/1992

Recentemente foi aprovada a Lei nº 13.300 de 23 de Junho de 2016 regulamentando o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal e disciplinando o processo e julgamento do mandado de injunção, contemplando a hipótese de

Mandado Coletivo situação já amplamente albergada pela doutrina e jurisprudência<sup>3</sup> que utilizavam, para tanto, as regras estabelecidas para o mandado de segurança coletivo. Explica a lei que se consideram titulares do mandado de injunção as pessoas naturais ou jurídicas cujos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, estão sendo violados, e acrescenta:

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:  
I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;  
II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;  
III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;  
IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.  
Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

A lei, entretanto, é omissa em relação a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público, não autorizando expressamente que figure como titular da ação. A situação anteriormente enfrentada com negativas veementes<sup>4</sup> passou por uma transformação, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no MI 725, que inicia sua posição justamente no enfrentamento da situação anteriormente veiculada pelo STF:

Estou certo de que não se deve fazer desse entendimento uma regra geral. A decisão citada deve ser devidamente contextualizada de acordo com os termos em que o caso concreto foi apresentado ao Ministro Relator. Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares

---

<sup>3</sup> MI 102, MI 472

<sup>4</sup> MI 537

de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor as ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos.

Assim parece que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal autoriza também a propositura do mandado de injunção por pessoas Jurídicas de Direito Público.

Superada esta situação, resolve a lei outra questão controversa, relacionada à possibilidade de omissão parcial já incluindo a previsão em seu artigo 2º e esclarece que se considera parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente (parágrafo único do mesmo artigo).

Mas, o mandado de injunção não se presta ao controle da omissão *in abstracto*, ao contrário, doutrina e a construção jurisprudencial dominante evidenciam que o remédio se volta apenas para o controle difuso da omissão inconstitucional, cabendo à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão o controle concentrado.

Prevê a Constituição Federal de 1988 cinco hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta última o objeto da presente abordagem. O destaque diz respeito ao controle constitucional da omissão, pois nestes casos as situações que deflagram, em grande parte, o ativismo judicial.

Não há muito conteúdo no texto constitucional sobre o tema, ressalvada a previsão da ação direta de inconstitucionalidade na previsão expressa das competências do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I, alínea a), a Constituição só refere-se ao controle da omissão no parágrafo 2º do artigo 103 ao informar que *“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”*.

As remanescentes disposições são as genéricas e se aplicam a todos os modelos de controle concentrado, referentes à capacidade ativa e efeitos da decisão, disposto nos artigos 102 e 103, ambos da Constituição Federal.

Neste contexto, informa o artigo 102, parágrafo 2º que: *“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”*.

E é o artigo 103, com redação dada pela Emenda Constitucional 45, que enumera os autores habilitados propor ação de controle concentrado, nos seguintes termos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade

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

Coube, por fim, à Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, disciplinar a matéria regulando o procedimento nas ações de controle concentrado. O diploma legal, que inicialmente não trazia a previsão do controle na omissão, foi alterado pela Lei nº 12.063/09 que incluiu o Capítulo II-A com a regras da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Fica explicitada pela alteração que, as regras de admissibilidade e procedimento pautados para a ação direta genérica e a ação declaratória constantes da Sessão I do Capítulo II, se aplicam também nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Por sua vez, a normatização específica informa que a petição deverá indicar: i) a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; ii) o pedido, com suas especificações. Deverá ser acompanhada de instrumento de



procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão.

Nos termos da lei não se admite desistência da ação proposta, mas pode haver indeferimento liminar de petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente, decisão em relação a qual cabe agravo.

Paradoxalmente é o próprio Legislativo que atribui ao Judiciário inúmeras oportunidades para o ativismo judicial. Primeiro é de se ressaltar que uma lei regulamentando tema de profunda relevância, relacionado à supremacia constitucional e aos limites de atuação dos poderes instituídos tenha levado dez anos para ser criada, e outros dez para ver seu texto contemplando as hipóteses da omissão. Ao fazer isso, implicitamente autorizou o Judiciário a adaptar a legislação anteriormente existente para dar vazão ao estipulado pela Constituição. Além disso, a leitura do texto legal é assustadora para aqueles que compreendem ser o Poder Judiciário atado por normas fechadas, um simples “aplicador da lei”. Isso porque, em busca específica, é possível encontrar na lei, com 28 artigos, 24 expressões como “pode”, “podem” ou “poderá”, autorizando o juiz, no caso, Ministros do Supremo Tribunal Federal, utilizar padrões discricionários em grandes partes das situações tuteladas pelo processo.

Dessa forma estabelece o § 2º que: “O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias”. No artigo 9º, parágrafo 1º, que: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. E no mesmo artigo, o parágrafo 2º: “O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição”. No artigo 10, parágrafo 3º: “Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”. No artigo 12: “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no

*prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação*". Artigo 12-E, parágrafo 2º: " *O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias*".

A própria decisão de concessão de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão fica condicionada à valoração do Tribunal, nos termos do Art. 12-F: "*Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, podará conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias*". Lembrando que seus efeitos também se estabelecem a partir de análise da Corte, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo: "*A medida cautelar podará consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal*". Assim, como o artigo 10, parágrafo 3º, autoriza a concessão de liminar pelo Relator sem a oitiva do Pleno nas Ações Genéricas, e o artigo 12 determina que: "*no pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, podará, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação*".

Ainda no campo das medidas cautelares e desta vez observando a ações Declaratórias, estabelece o artigo 21: "*O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, podará deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo*".

A instrução processual acompanha esta linha de raciocínio e autoriza que: "*Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, podará o relator requisitar*

*informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”, e ainda “O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição” (parágrafos 1º e 2º do artigo 20).*

Por fim, no tocante às decisões de mérito nas ações de controle concentrado, caracterizadas pela irrecorribilidade e pela capacidade de produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes, coroa a legislação do controle concentrado com chave de ouro sua confiança na capacidade judicante do Supremo Tribunal Federal, explícita no condicionamento em relação à vontade do julgador tem o poder de dar à decisão de mérito efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*.

#### **1.4.2. Outras formas de ativismo judicial no controle de constitucionalidade**

Além do mandado de injunção e do controle de constitucionalidade da omissão inconstitucional existem outros mecanismos que propulsionam o ativismo judicial.

Com efeito, é possível verificar uma relação direta entre o sistema de controle de constitucionalidade e a expansão do ativismo judicial em nosso ordenamento jurídico, especialmente no que tange à modulação temporal dos efeitos da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser exercido na forma preventiva ou repressiva. A primeira ocorre dentro das Casas Legislativas, quando avaliam a constitucionalidade de um projeto de lei por meio da Comissão de Constitucionalidade e Justiça (CCJ) e pelo veto (jurídico) do Presidente da República, que deixa de sancionar uma lei por entendê-la inconstitucional. Excepcionalmente o Supremo Tribunal Federal realiza o controle preventivo de constitucionalidade, ao conhecer de mandados de segurança impetrados por parlamentares, contra a deliberação de proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir cláusulas pétreas.

O controle de constitucionalidade repressivo é feito, predominantemente, pelo Poder Judiciário, através do controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, ou

do controle difuso, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal.

O controle difuso permite que qualquer juiz ou tribunal reconheça a inconstitucionalidade de uma norma de forma incidental, e afaste sua aplicação no caso concreto. Tem origem no Direito norte-americano, formalmente, com a Constituição de 1787, quando criada a república em padrões liberais, e com separação de poderes, isto é, o poder constituinte originário era supremo e expressamente poderia se reconhecer que a Constituição prevalece quando conflitar com uma lei ordinária. Portanto, esse o modelo norte-americano está diretamente ligado à separação de poderes. Este controle incidental tem efeito *inter partes*, e gera como consequência a nulidade do ato normativo declarado inconstitucional.

De outro lado, o controle concentrado no Brasil é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, quando usada a Constituição Federal como parâmetro, através de ação objetiva autônoma, que avalia a inconstitucionalidade da lei em tese. O controle é também chamado via principal, e é o predominante nos países europeus. A decisão tem efeitos *erga omnes*, e a consequência do ato declarado inconstitucional também é a nulidade.

Importante destacar que, o efeito da decisão é vinculante, ou seja, os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública em todas as suas esferas, deve observar o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 102, § 2º, da Constituição Federal).

O controle de constitucionalidade por ação direta, em que pese ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, ocorre em exercício atípico da jurisdição (BARROSO, 2016, pág. 192), eis que, através de processo objetivo, sem partes, no qual inexistem litígios referentes a situações concretas ou individuais. O objeto da ação não é proteger o direito subjetivo de uma parte, para solução de situação jurídica de conflito, e sim, a declaração da constitucionalidade (ou não) da própria lei. Assim o Supremo Tribunal Federal entende (ADIIn-MC 1.434/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 29/08/1996):

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais

constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade

Na verdade, esse procedimento se assemelha a um ato legislativo de revogação, mas não o é. É a invalidação de uma lei, feita pela jurisdição constitucional, cujo núcleo é o próprio controle de constitucionalidade. Por isso, os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade são previstos em um rol taxativo pela Constituição, no artigo 103, confira-se:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

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

Com efeito, a peculiaridade deste tipo de processo é evidenciada pelo caráter objetivo do processo, que denota ausência de direitos ou interesses individuais subjetivos a serem tutelados. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal há muito, consolidou seu posicionamento no tema, como se demonstra no excerto do acórdão coligido para ilustrar (Rcl 354 AgR, rel. Celso de Mello, j. 16/05/1991):

O controle normativo abstrato, ou por via de ação, faz instaurar – consoante proclamada pela doutrina e pela própria jurisprudência deste Tribunal – um processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações jurídicas concretas ou individuais. Nesse contexto, advertiu o eminente Min. MOREIRA ALVES, Relator no julgamento da Rp nº 1.016-SP, a ação direta constitui “ação de caráter excepcional, com acentuada feição política, pelo fato de visar o julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade de lei em tese... (RTJ 96/999 – grifei)

Após essa breve síntese das formas de controle de constitucionalidade no Brasil, faz-se o direcionamento sobre a possibilidade de exercer o ativismo judicial nos sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade. De imediato é possível dizer

que o tipo de sistema não tem relação direta com o maior ou menor postura ativista. A rigor, o modelo europeu seria mais ativista, porque a decisão tem efeitos *erga omnes*. Entretanto, os fatores que impulsionam o ativismo judicial no Brasil não se relacionam com o controle de constitucionalidade, como por exemplo, o argumento da fragilidade da representação parlamentar.

Na verdade, o elemento estimulador da postura mais ativista pode ser encontrado em um dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade, especialmente, quanto à modulação temporal.

A teoria da modulação dos efeitos temporais das decisões de controle de constitucionalidade, inicialmente requer o entendimento sobre o efeito da própria declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

A sanção decorrente da declaração da inconstitucionalidade pode ser nulidade ou anulabilidade. No Brasil, doutrina e Supremo Tribunal Federal, são unânimes em dizer que a sanção pela inconstitucionalidade é a nulidade.

A nulidade é uma sanção operada automaticamente pelo ordenamento (*ope legis*), e os efeitos se projetam para o passado (*ex tunc*), porque o ato é natimorto, e a decisão judicial apenas constata uma invalidade congênita. Logo, quando há a possibilidade de serem modulados os efeitos da decisão, ou seja, dizer que a declaração da inconstitucionalidade da norma tem efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, alguns autores afirmam que a lei declarada nula surte efeitos, para preservar a segurança jurídica, que por ter um peso maior, deve prevalecer.

Para melhor compreensão, cite-se como exemplo o caso do funcionário público de fato: se a investidura ocorre através de lei posteriormente declarada inconstitucional, e via de consequência o Supremo Tribunal Federal declara a nulidade de todos os atos praticados pelo funcionário, isso pode trazer enorme prejuízo aos à Administração Pública e aos administrados. Então, por motivos de segurança jurídica, mantém os atos praticados pelo servidor público. Contudo, o que ocorre nessa situação é a prolação de uma sentença judicial que declara os atos válidos por motivos de segurança jurídica, e não uma lei revogada que passa a ter efeitos por determinado período.

De outro lado, quando o efeito da declaração de inconstitucionalidade é a anulabilidade (como no sistema europeu), é possível a modulação temporal dos

efeitos da decisão, pois a decisão judicial é constitutiva (negativa) e determina o momento em que a lei inconstitucional não terá mais validade.

A confusão feita pela doutrina e jurisprudência quanto a explicação sobre os efeitos da declaração da invalidade da lei inconstitucional leva a crer que o Supremo Tribunal Federal pode realizar a modulação temporal dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade livremente.

No Brasil, a declaração da inconstitucionalidade acarreta na nulidade do ato, e a decisão judicial poderá conferir efeitos temporais distintos ao ato questionado, pois autorizado pela Lei nº 9.868/99, em seu artigo 27:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Frise-se, por motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse social, a sentença concederá efeitos à lei, não havendo falar em uma convalidação temporária da lei inconstitucional. Sob esses fundamentos o Supremo Tribunal Federal preservava situações jurídicas constituídas ao abrigo da lei (o que não se confunde com a preservação da lei em si), denominadas de “efeitos *in concreto* da lei inconstitucional” (BARROSO) ou “efeitos impróprios da lei inconstitucional” (RAMOS), uma vez que se trata da situação fática regida pela sentença, e não pela lei inválida.

Assim, a modulação de efeitos temporais confere um colossal poder ao Poder Judiciário que regula situações jurídicas órfãs de legislação, quando a lei que as norteava é declarada nula.

### **1.4.3. Críticas ao ativismo**

O ativismo judicial, portanto, é fruto da soma dos fatores até aqui explorados, dentre os principais, a interpretação feita pelo Poder Judiciário do ordenamento jurídico recheado de conceitos jurídicos indeterminados, com a crescente valorização

dos princípios, em detrimento das regras do direito posto, e a maneira como estruturado o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.

O resultado da interpretação dos magistrados nas decisões judiciais nem sempre se mostram harmônicas e coerentes. É possível notar uma disparidade interpretativa de normas dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, pois em recentes casos emblemáticos foram declarados votos diametralmente opostos na interpretação do mesmo dispositivo constitucional. Isso acarreta insegurança jurídica e profunda instabilidade do sistema, sendo imprescindível repensar esse modelo. Nesse sentido, BARROSO, 2017 (pág. 434):

(...) é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da *discricionariedade judicial* na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de podem comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.

Esses limites buscados para a atuação judicial certamente devem conter dois aspectos: a preferência da lei e a preferência da regra. Nas palavras de BARROSO, 2017 (págs. 434/435), a primeira significa que “*onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais convincente*”, e a segunda impõe que a “*edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria*”.

Da mesma maneira, as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade devem se pautar pelos limites do sistema, e também, pelo respeito à discricionariedade dos poderes políticos no exercício de suas funções constitucionais.



O controle de constitucionalidade, na maioria das vezes, possui como argumento de autoridade a preservação de direitos fundamentais, mas isso não pode se travestir de fundamentação artilosa para os magistrados exercerem um poder que não lhes pertence, ou seja, o de legislar ou o de governar.

Havendo o desrespeito aos direitos fundamentais por parte do próprio Estado, os governos democráticos criam um Tribunal Constitucional com competência primordial para interpretar e aplicar as normas constitucionais. No Brasil, foi criado o Supremo Tribunal Federal, que possui a característica de ser contramajoritário, e sua função deve ser apenas de reforço da democracia, transformando o direito legislado em direito interpretado/aplicado, e guardando a Constituição, para reforçar as regras do jogo. No escólio de SANDOVAL, 2018:

No campo da interpretação constitucional, por parte do Supremo Tribunal Federal, deve ficar claro que a Corte Suprema exerce a **guarda** da Constituição escrita **existente** e **não outra** que se possa almejar para o Estado brasileiro. Se o Supremo é o guarda máximo da Constituição é, também, responsável em zelar e respeitar o Poder Constituinte que instaurou a nova ordem jurídico-constitucional (grifos no original)

Outrossim, o Poder Judiciário deve ser deferente para com as escolhas políticas do legislativo ou com a discricionariedade das decisões do Poder Executivo, desde que sejam razoáveis. A elaboração das políticas públicas são função do administrador, e o controle jurisdicional somente pode se dar *a posteriori*, no tocante à sua execução, e apenas no que tange à legalidade. Segundo BARROSO, 2017 (pág. 428): “*Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judícia, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas*”.

Destarte, as críticas apontadas ao ativismo judicial evidenciam uma crise institucional entre os poderes da República, uma vez que os limites constitucionalmente impostos não têm sido respeitados, mormente pelo Poder Judiciário. Ademais, é possível demonstrar efeitos deletérios no processo de desenvolvimento econômico do país em decorrência do crescimento do ativismo judicial, como se passa agora a abordar.

## 2. DIREITO E DESENVOLVIMENTO

O estudo do Direito e desenvolvimento parte da premissa de que o sistema jurídico pode ser usado como instrumento para a promoção do desenvolvimento econômico. Este movimento ganhou fôlego após a II Guerra Mundial, quando muitos dos países europeus devastados pelas invasões bélicas, em poucos anos tornaram-se potências econômicas mundiais. Desta feita, pensou-se que o modelo de políticas públicas, fomento e intervenção estatal poderia ser transportado para os países subdesenvolvidos que também se tornariam países de prosperidade.

Esta teoria, denominada *one size fits all* mostrou-se ineficaz, porque mostrou-se necessário realizar reformas institucionais fortalecendo os direitos de propriedade e com regras rígidas de execução dos contratos, que ficaram conhecidas como “*rule of law*”, somado à eficiência de um Poder Judiciário no momento de solucionar conflitos.

A importância do Direito no processo de desenvolvimento se firmou, pois, é o sistema jurídico o “*veículo promotor de garantia, previsibilidade e calculabilidade para as transações privadas*”, segundo SCHAPIRO, 2011 (pág. 127/128), que complementa:

A existência de regras claras, a proteção adequada da propriedade privada, a certeza no cumprimento dos ajustes contratuais e a confiança no funcionamento célere e independente do Poder Judiciário passaram a ser considerados os itens necessários a serem atendidos pelos atributos jurídico-institucionais.

A noção de que o sistema jurídico afeta as perspectivas econômicas e sociais de um Estado existia desde o século XVIII, mas o aumento da complexidade econômica e social na primeira metade do século XIX intensificou a certeza de que as reformas jurídicas teriam que levar em consideração os impactos causados sobre a economia e, conseqüentemente, sobre a sociedade. Na segunda metade do século XIX tal impressão se consolidou, pois com a segunda revolução industrial, o triunfo do capitalismo financeiro e a formação das camadas médias urbanas tornaram as relações econômicas e sociais mais complexas (FERREIRA, 2009).

Por isso era necessário realizar um estudo interdisciplinar entre o Direito e a

Economia, considerando que esta busca os resultados das interações monetárias e das políticas governamentais de investimentos e regulação, em sentido amplo.

Inicialmente, o desenvolvimento foi compreendido como o processo de transformação de um determinado país, no intuito de alcançar os indicadores econômicos dos países desenvolvidos. Especialmente nas economias capitalistas, em que, ao longo da história, creditou-se o desenvolvimento ao liberalismo ou ao intervencionismo estatal, o valor do PIB (produto interno bruto, que representa a soma, em valores monetários, de todos os bens e serviços finais produzidos em um país, em determinado período) era o índice referencial para a análise do desenvolvimento de cada localidade, ou seja, para um Estado se desenvolver, precisaria elevar este índice.

Nesse sentido, o desenvolvimento confundia-se com crescimento econômico, e as *“teorias do desenvolvimento, até poucos anos, persistentemente negligenciaram a pobreza e a desigualdade como fatores-chave que direta ou indiretamente afetam a performance econômica das nações”* (COUTINHO, 2013, pág. 29). A conclusão tomada pelos economistas era no sentido de que uma vez alcançado o crescimento econômico, isso beneficiaria todos os indivíduos, em todas as camadas sociais, porque o aumento do PIB acabaria por refletir no aumento dos ganhos por todo meio social, até as camadas mais pobres, logo, haveria uma redução da pobreza e a desigualdade, de maneira reflexa (efeito denominado por *trickle down*). Nas palavras de SEN, 2010 (pág. 59): *“à medida que o processo de desenvolvimento econômico aumenta a renda e a riqueza de um país, estas se refletem no correspondente aumento de intitamentos econômicos da população”*.

Essa consequência, supostamente inevitável, do aproveitamento pelos mais pobres dos benefícios econômicos conquistados pelos mais ricos é fruto de trabalhos empíricos na economia que relacionam crescimento com desigualdade.

Entretanto, os estudos do tema passaram a demonstrar que os números podem apresentar uma falsa realidade sobre o desenvolvimento, eis que, um país pode ter um elevado PIB (leia-se, crescimento econômico), ao mesmo tempo em que notadamente possui um baixo nível de alfabetização, por exemplo. Isso ocorre porque o sistema capitalista tende a criar sociedades desiguais, com uma pobreza extrema daqueles que não se encontram no topo do sistema econômico, e dessa

maneira, chegou-se à conclusão diversa, ou seja, de que o crescimento econômico não gera a redução da pobreza.

O desenvolvimento é que trará como consequência a riqueza do país conferindo capacidade econômica para os mais pobres, e não o crescimento econômico, com efeito reflexo do *trickle down* promoverá o desenvolvimento do país.

Somado a isso, observou-se que o crescimento econômico, na maioria das vezes, não vinha acompanhado do desenvolvimento social, cultural, científico, e até tecnológico do país. Sobre este último, notório que a tecnologia não é patrocinada pelo seguimento mais abastado da sociedade, donde se conclui que um Estado com altos índices econômicos, não necessariamente possui um nível adequado de desenvolvimento tecnológico.

Os indivíduos responsáveis por grandes inovações tecnológicas nem sempre estão no topo da riqueza, como por exemplo, diversos vencedores de Prêmio Nobel. A maioria dos indivíduos que compõe a camada mais rica da sociedade não são os que realizam o desenvolvimento tecnológico, mas sim, os que vivem da atividade de *rent-seeking*, fenômeno de enriquecimento através do investimento da renda, e não da inovação.

Nos Estados Unidos, esta prática se tornou extremamente usual, uma vez que o lucro da venda de uma mercadoria manufaturada era proporcionalmente muito maior do que as taxas cobradas pelas operadoras de cartão de crédito para aquela mesma venda. Isso gerou uma queda na confiança dos trabalhadores que vivenciaram o aumento dessa desigualdade pela grande concentração de riqueza nas mãos do 1% mais rico, que defendiam o *trickle down* (STIGLITZ, 2013).

Para a maioria dos economistas, essa consequência do aumento da desigualdade só pode ser evitada através da intervenção estatal, com leis mais firmes para evitar as grandes concentrações econômicas, para os casos de falência, e com um sistema tributário progressivo e com a redistribuição da renda.

Nessa lógica andou bem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que cuidou de fazer a previsão de princípios econômicos, seguindo a linha da constituição econômica, como explica CAGGIANO, 2007 (pág. 5):

Emerge, pois, a ideia de constituição econômica, com a perspectiva de fazer prevalecer, no espectro da economia, a certeza e a segurança jurídica para nortear a multifária variedade de relações que diariamente são ali produzidas. Enquadrar a economia em um modelo legal adequado, que atenda à imposição de otimização dos índices de crescimento e estabilidade, configura meta e a razão da constitucionalização dessa matéria.

Isso porque, as soluções para regular o setor econômico dependem do grau de influência de cada uma das estruturas identificadas sobre o funcionamento global do sistema, e depois, das críticas transformadoras para realizar a reforma necessárias, com vistas a combater a concentração do poder. E ainda, a ideia de constituição econômica como propulsora do desenvolvimento, possui suas raízes, também, no neoconstitucionalismo (especialmente quanto à força normativa da Constituição), com terreno fértil para o ativismo judicial.

Mas, partindo daquele pressuposto de que o desenvolvimento é alcançado em razão da democracia e da aquisição de direitos sociais por todos os indivíduos da sociedade, e não apenas determinadas camadas, conclui SEN, 2010, pág. 209: “*A realização da justiça social depende não só de formas institucionais (incluindo regras e regulamentações democráticas), mas também da prática efetiva*”.

Os diversos estudos de AMARTYA SEN sobre a relação do desenvolvimento com a melhoria da qualidade de vida demonstraram que a pobreza pode ser vista como a privação das capacidades básicas do indivíduo, tais como a morte prematura, a subnutrição e o analfabetismo. É exatamente nesse cenário que o Estado deve intervir, por meio dos instrumentos legais e jurídicos, buscando o desenvolvimento econômico aliado ao dos indivíduos que pertencem àquela sociedade.

Nas palavras de COUTINHO, 2013 (pág. 13): desenvolvimento é o “*resultado do processo pelo qual a assimilação de novas técnicas e aumento da produtividade levam a melhorias no bem-estar da população e, crescentemente, à homogeneização social*”. Isto é, não bastam os indicadores econômicos do país serem satisfatórios, tais como o PIB (na forma supramencionada), mas também a qualidade de vida dos seus nacionais. Esmiuçando seu conceito, segue COUTINHO, 2013 (pág. 13):

Tanto a pobreza quanto a desigualdade impactam diretamente as economias do planeta, produzindo os efeitos sociais mais perversos – reduzida expectativa de vida, menor mobilidade social, menos

inovações, maior taxa de população encarcerada, entre outros

O estudo do Direito e desenvolvimento foi ampliado para englobar não apenas o crescimento econômico, mas, principalmente, o desenvolvimento dos indivíduos e a qualidade de vida em todos os níveis sociais, e qual o papel do direito para alcançar esses resultados.

O Direito pode apresentar diversas facetas para colaborar com o desenvolvimento de um Estado, e a forma ordinária para isso é através das leis, sejam elas de fomento em setores específicos da economia, ou de subsídio, incentivos fiscais, e por meio da própria atuação governamental, com as políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, como um programa de redistribuição de renda, por exemplo. A função jurisdicional não possui instrumentos para colaborar com esse estímulo ao desenvolvimento, entretanto, no Brasil, verificada uma desídia parlamentar, juntamente com a falta de gestão consciente dos recursos públicos, o Poder Judiciário mostrou-se um intruso nesse cenário, passando a exigir a realização de políticas públicas dos demais poderes estatais.

Após uma leitura precipitada desta informação seria possível dizer que os magistrados estariam resolvendo um grande problema do país, sob o estágio “em desenvolvimento”, e carente de direitos prestacionais.

Contudo, abaixo será demonstrado que essa microjustiça imediata, de efeitos apenas para as partes da demanda apreciada no Poder Judiciário, pode trazer um grande prejuízo ao processo de desenvolvimento econômico.

## **2.1. EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO DIREITO E DESENVOLVIMENTO**

Inicialmente o desenvolvimento foi associado à ideia de industrialização (efeitos da Revolução Industrial), e ao investimento privado. A análise histórica da industrialização europeia, com investimentos privados e fomento estatal formaram uma classe média consumidora, com o conseqüente crescimento da economia. Ou seja, superação do círculo vicioso da pobreza. A conclusão alcançada foi a de que para os países em desenvolvimento da América Latina crescerem seria necessário

maior investimento na indústria, com maior oferta de produtos manufaturados no âmbito doméstico, para só então ser estimulada a exportação.

Além disso, o pensamento marcante era que os países subdesenvolvidos deveriam criar instituições (leis e práticas) à semelhança dos países desenvolvidos, e assim alcançar o desenvolvimento (NORTH, 1998). Instituições aqui compreendidas como as regras formais, limites informais e seus mecanismos de implementação (*enforcement*). Ou seja, são as regras do jogo econômico e político. Assim sintetiza SCHAPIRO, 2011 (pág. 127):

Partindo da constatação de que o ambiente jurídico-institucional importa, mas tratando-o como uma variável externa à dinâmica social, os formuladores de política pública têm se voltado a modular as regras do jogo com a finalidade de garantir uma melhor arena para os jogadores econômicos. Valem-se para tanto, entre outros, do expediente dos “transplantes institucionais”, dedicados a incorporar no ambiente jurídico-institucional de países em desenvolvimento regras e práticas bem-sucedidas em países desenvolvidos

Essa sedimentação do arranjo institucional dependia de um sistema jurídico consistente, dotado de mecanismos para salvaguardar as transações econômicas.

Com a transição do direito primitivo para o direito moderno o que regeu o sistema jurídico foi a racionalidade, baseada em regras aplicadas uniformemente, a todos os indivíduos da sociedade. O racionalismo jurídico “*fornecia a previsibilidade necessária para o intercâmbio econômico*” (BARRAL, 2006, pág. 15). A consequência relevante da adoção do racionalismo foi “*essencial para o desenvolvimento do capitalismo, na medida em que traria previsibilidade e garantias quanto a obrigações, como na execução de contratos*” (BARRAL, 2006, pág. 16).

No período pós-guerra, os países adeptos ao Estado de Direito e à democracia que participaram ativamente dos embates bélicos conseguiram se reerguer e alcançar altos níveis de crescimento econômico, mesmo seguindo a linha do liberalismo econômico. Sintetiza TRUBEK, 2003 (pág. 134):

Direito e desenvolvimento faziam parte da resposta do Ocidente ao comunismo, uma parte da promessa descumprida com muita frequência, de que o sistema econômico liderado pelo Ocidente poderia promover o crescimento econômico com liberdade

Mas haviam também economicistas que acreditavam em certas formas de intervenção estatal para alavancar a economia. Rosentein-Rodan afirmava uma atuação ostensiva do Estado, eis que os países em desenvolvimento poderiam ter um “*potencial escondido*”, e precisariam de um “empurrão” (*big push*) do governo para criação de uma estrutura industrializada. Isso porque os investidores privados provavelmente não investiriam o suficiente para alavancar a economia menos desenvolvida no seu potencial máximo, mas empreenderiam nos setores mais lucrativos. Logo, seria preciso o Estado fomentar, e por vezes até subsidiar, o desenvolvimento de indústrias chaves, especialmente as relacionadas com infraestrutura (CYPHER; DIETZ, 2004).

De outro lado, NURKSE dizia que para tentar resolver o problema dos países subdesenvolvidos por meio do aumento apenas do fornecimento dos manufaturados traria o risco de faltar a demanda, causando um problema na economia. A única solução seria o “*crescimento equilibrado*”, com o aumento do mercado de produtos agregados, bem como os incentivos aos investimentos individuais (NURKSE, 1961).

Há ainda o debate sobre o estímulo nas importações ou das exportações, a depender do momento econômico vivido, e do tipo de produtos que o país produz (primário ou manufaturado). Nesse cenário é preciso modificar a composição das importações e, correlativamente, a estrutura e o volume da produção interna, para atender às necessidades correntes da população, sustentando um máximo de emprego por meio de políticas tarifárias (PREBISH, 1949).

Entretanto, nos dias atuais essas teorias se misturam com aquelas que explicitam o novo papel do Estado na economia, ou seja, a visão do Estado como empreendedor, deixando de ser coadjuvante e regulador no mercado, para ser verdadeiro ator principal.

Hodiernamente, o Estado está por trás da maioria das revoluções tecnológicas dos mais diversos países do mundo, e longos períodos de crescimento, como no caso da biotecnologia, nanotecnologia e internet, cujas áreas o capital de risco chegou 15 ou 20 anos depois que os investimentos mais importantes foram feitos com os recursos do setor público. Os empresários capitalistas querem fazer seus investimentos baseados na percepção de risco, que é reduzido em décadas pelo investimento prévio do Estado (MAZZUCATO, 2014).



Entretanto, conforme a maturação de cada um destes estudos com matriz na ciência econômica, percebeu-se que os Estados possuem suas vicissitudes, dos mais variados tipos (culturais, ideológicos, políticos, etc.), além de estarem atrelados à *dependência da trajetória* (NORTH, 1994).

Essa teoria encabeçada por DOUGLASS NORTH é chamada institucionalista e é a dominante nos organismos internacionais que avaliam o crescimento econômico dos países. O autor destaca que a teoria econômica ocidental neoclássica se concentra na operação eficiente dos mercados, e o economistas não compreendem as exigências institucionais para sua criação e bom funcionamento. Assim, faz um estudo ordenado demonstrando como as mudanças institucionais podem afetar o desenvolvimento econômico.

Isso porque, promover o bom desempenho econômico é função das instituições e de suas respectivas evoluções, que determinam os custos da transação e da produção. Por consequência ocorrerá o desenvolvimento econômico. A robustez das instituições é mais importante do que as políticas públicas para o desenvolvimento econômico.

Os custos da transação *“podem ser definidos como aqueles a que estão sujeitas todas as operações de um sistema econômico”* (NORTH, 1998, pág. 10). Ou seja, os aspectos indiretos da transação, tais como, gastos com as transações bancárias, contador, advogado, etc., são peças essenciais para a operação, e devem ser consideradas para apurar o real custo da transação.

Quando os custos da transação são elevados, as instituições ganham importância porque inviabiliza o investimento e, por decorrência, o desenvolvimento. De outro lado, custos da transação de baixo custo revelam uma segurança jurídica daquele país, e isso atrai o investimento naquele mercado, e conseqüentemente, o desenvolvimento.

Existem variáveis dos custos da transação. A primeira delas é a constatação de que não basta avaliar as dimensões físicas do produto, mas o direito de propriedade nele incluído, isto é, a renda potencial oriunda do produto, as condições de alienação, etc. A segunda variável considera o tamanho do mercado, que quanto maior, mais impessoal, e também, aumenta a necessidade de mecanismos para a execução dos contratos firmados naquela sociedade. Por fim, uma terceira variável, a

necessidade de um Poder Judiciário eficiente, que concretize o cumprimento das obrigações assumidas nos contratos. Para R. COASE, tudo o que não é custo de *produção* é custo de *transação*.

Neste ponto, necessário fazer um destaque. Como já abordado em momento anterior, a questão do Poder Judiciário sólido, e adstrito às suas funções constitucionalmente determinadas é crucial para o bom funcionamento da democracia, e traz efeitos ao processo de desenvolvimento econômico de um Estado.

Desse modo, também é relevante a eficiência do Poder Judiciário. Se os magistrados possuem condições de julgar as controvérsias, concedendo indenizações à parte prejudicada por infrações às cláusulas contratuais, isso reduzirá diretamente os custos da transação. Nos países em desenvolvimento, há uma dificuldade de se criar um sistema jurídico relativamente imparcial, que zele pela execução dos contratos, o que trava o desenvolvimento. A história mostra que, no mundo ocidental, a evolução do Poder Judiciário, que é relativamente imparcial, teve papel fundamental para o desenvolvimento (NORTH, 1998).

Quando as instituições oferecem avaliação e execuções contratuais de baixo custo, emerge um mercado eficiente, e para que isso se consolide, as instituições políticas e econômicas devem ser flexíveis, adaptáveis ao longo do tempo.

A mudança institucional é determinada de acordo com a “dependência da trajetória”. Na explicação de NORTH, 1998 (pag. 16): “*As organizações políticas e econômicas que derivam de determinada matriz institucional tipicamente têm interesse em perpetuar a estrutura vigente*”.

Diante deste pensamento surge uma outra teoria desenvolvimentista, com foco nas estruturas (ou organizações) que fazem parte do arranjo institucional, ou seja, emerge a visão estruturalista, que parte da premissa de que o poder econômico está na simbiose das elites locais com os detentores do capital, que formam monopólios, e para que o desenvolvimento seja alcançado, não basta ter um arranjo institucional forte, sendo imperioso uma reforma estrutural dos atores do mercado. Além da visão estruturalista (BARRAL, 2006, pág. 22):

Outras críticas de teóricos ao Movimento vieram, *a posteriori*, da teoria da dependência, para quem as estruturas jurídicas em países mais pobres eram de fato um empecilho para o processo de

desenvolvimento, e deveria ser completamente revertida

Do exposto até agora sobre as teorias desenvolvidas sobre o Direito e desenvolvimento, oportuna a conclusão de BARRAL, 2006 (pág. 25):

Na implementação dos projetos, procurou-se alcançar a reforma concomitante das normas jurídicas em praticamente todas as áreas. Havia forte crença na possibilidade de transplante normativo e na existência de um modelo único para o estado de direito. Havia grande ênfase nas normas sobre contratos e sobre direito de propriedade, vistos como ingredientes fundamentais para a economia de mercado, e o desejo de conduzir a reforma concomitantemente em todas as partes e níveis da ordem jurídica do país destinatário do projeto. Presumia-se também que as reformas necessárias poderiam ser impostas de cima para baixo, o que as tornaria fácil e rapidamente aceitáveis

O movimento do Estado de Direito se enfraqueceu nos últimos anos, e a explicação pôde ser alocada na tentativa de utilizar um modelo único para aplicação nos distintos Estados, da mesma maneira, em momento posterior, o equívoco uso de modelo padronizado para diversos países com o Direito e desenvolvimento, e assim explica BARRAL, 2006 (pág. 13): *“a própria crise do modelo neoliberal demonstra que são infrutíferas as tentativas de impor modelos econômicos-sociais genéricos a todo o mundo, sobretudo numa matéria com alta carga cultural, como é o direito”*.

Portanto, a ideia embrionária do estudo sobre Direito e desenvolvimento para que se copiasse o modelo econômico e social dos países desenvolvidos e aplicar nos países subdesenvolvidos, e assim atingir bons níveis de desenvolvimento restou superada, e por conseguinte, o aprofundamento do Direito e desenvolvimento, que era limitado a alguns pensamentos criados por economicistas de destaque, foram ramificados, sendo certo que hoje se compreende que não há um modelo único para o Direito atuar e estimular o desenvolvimento. Na verdade, o desenvolvimento é consequência de todo o arranjo institucional, da forma como organizadas as estruturas do mercado, e também da ideologia local.

Como corolário dessa conclusão alcançada surgiram pensamentos acerca das formas como o sistema jurídico e o próprio Estado podem atuar para impulsionar o desenvolvimento dos diferentes países.

## 2.2. FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA IMPULSIONAR O DESENVOLVIMENTO

A postura do Estado perante o mercado, quando se mostrou intervencionista de forma rigorosa, diluindo grandes concentrações econômicas, monopólios, e incluindo nos grupos de gestão responsáveis por preservar o interesse coletivo, foi determinante para o crescimento da economia, e para o seu desenvolvimento.

Outras são as formas de intervenção estatal supramencionadas com o escopo de buscar o desenvolvimento: um “empurrão” do governo para o potencial escondido, no intuito de criar uma estrutura industrializada; busca pelo “crescimento equilibrado”, com o aumento do mercado de produtos manufaturados; estímulo nas importações ou das exportações, etc.

Tudo isso demonstra que o Direito pode apresentar diversas facetas no processo de desenvolvimento. As funções que o Direito pode assumir no processo de desenvolvimento são: i) discursiva: vocaliza demandas, assegurando prioridade a certos objetivos, indica temas, legitima e institucionaliza agendas políticas, modificando o seu *status*; ii) distributiva: aloca poder e recursos a grupos sociais; e, iii) constitutiva: constrói e reconstrói o significado do próprio desenvolvimento (COUTINHO, 2013).

Para promover o desenvolvimento, em cada local e a depender do momento histórico, o Direito é usado como ferramenta distinta. Ademais, as peculiaridades de cada país, a maneira como foi formado (colonização imigratória, extrativista, etc.) interfere diretamente nos elementos que barram o desenvolvimento, e ainda mais, na estratégia que deve ser observada para que ele possa ser deflagrado.

No Brasil, um relevante fator político e histórico traz reflexos no desenvolvimento, e vem sendo amplamente questionado nos dias atuais, é a falta de representatividade do povo no âmbito dos poderes com viés de soberania popular. Como explica BARROSO, Tomo III, 2005 (pág. 04):

A ilegitimidade ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estrita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com déficit de educação,

saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo

Logo, é preciso realizar um cotejo da realidade do Estado, com as propostas dos economicistas que destrincham as teorias desenvolvimentistas, para que cada governo adote sua estratégia adequada.

Atualmente, a teoria institucionalista ganhou força pelo prestígio conferido em cartilhas da Organização Mundial do Comércio e do Banco Mundial, fazendo previsão da receita institucionalista com o objetivo de alcançar o desenvolvimento econômico. Há um enfoque em dizer que é preciso garantir que os países se desenvolvam com a postura de replicar as instituições na forma como previstas nos países desenvolvidos, contudo, para que os países subdesenvolvidos, e até, os países em desenvolvimento façam isso, é preciso que reforme não apenas as suas leis, como realize a reforma das suas estruturas de Estado e mercado. Daí a conclusão da teoria estruturalista, de que o problema não estaria nas instituições, mas nas estruturas.

Esse segundo receituário, por basear-se em estruturas, ao contrário do primeiro, é um pouco mais personalizado. No primeiro, há um receituário único – fácil de entender e fácil de errar (*simple and wrong*, segundo os autores norte-americanos), porque as reformas legislativas não demandam profundas compreensões, mas dificilmente acertará o passo para o desenvolvimento tão-somente a criação de novas leis.

Na teoria estruturalista, como há o apego às estruturas, faz-se uma análise da história de cada país. Então, realizada a necessária avaliação do passado da sociedade, conclui-se como devem se dar as reformas. Por exemplo, diversos países na Ásia, América e África foram colonizados pelo sistema de monopólios, mas cada um de forma diferente, e por consequência, os reflexos também foram distintos.

Para os adeptos da teoria estruturalista, um dos maiores problemas dos países que sofreram colonização e se tornaram subdesenvolvidos é romper com o modelo de estruturas, com profunda concentração econômica, oriunda do monopólio imposto pelos colonizadores. SALOMÃO FILHO faz a relação entre o período colonial brasileiro, em que a economia era movimentada pelo sistema de monopólios, e havia uma tripla drenagem pelo ente colonizador, e o processo de desenvolvimento

subsequente. A tripla drenagem por ele referida era: a) dos recursos naturais, pois o monopólio extraia todos os recursos naturais do Brasil e levava para Portugal, sem deixar qualquer contrapartida; b) da mão-de-obra, por meio da escravidão dos afrodescendentes adquiridos e alocados para trabalhar com os colonizados locais; e, c) do mercado intersetorial pois não havia investimento estratégico em determinados setores da economia como transporte, energia sustentável, etc. Não se pensava em um investimento para promover o desenvolvimento a longo prazo. Com a drenagem absoluta do mercado de trabalho e do mercado de consumo (cite-se como exemplo que os donos de engenhos deixavam os escravos em condições de mera subsistência para não se revoltarem, e caso morressem, compravam outro, e esta é uma drenagem *absoluta* da mão-de-obra), o desenvolvimento jamais se propagaria.

Essa grande concentração de renda gerou nossa primeira sociedade, injusta e desigual. Ainda sofremos uma tripla drenagem, *mutatis mutandis*. Primeiro, dos recursos naturais, uma vez que em muitas regiões do país ainda há extração de minérios, madeira e até mesmo a água limpa (um recurso sabidamente limitado), sem o pagamento do valor correspondente no sentido substancial, e sem uma preocupação sustentável para o meio ambiente nacional.

Há, também, uma drenagem da mão-de-obra por parte dos detentores do poder econômico, que impede a emancipação de boa parte dos indivíduos da sociedade. Isso traz reflexos até os dias de hoje, como se nota nos casos de demissões e diminuição de garantias trabalhistas, conforme a pressão dos empresários realizada perante o Poder Legislativo, por exemplo. E por fim ainda temos a drenagem intersetorial porque os grandes conglomerados econômicos decidem onde investir, deixando setores de prosperidade à mingua, e mantendo o Brasil em constante estágio de país em desenvolvimento, sem, contudo, alcançar o *status* de país desenvolvido.

Um exemplo para demonstrar a clareza da teoria, e a sua atemporalidade, é o investimento do BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento) nos últimos anos, no setor de indústria carnes, propiciando a formação do gigante grupo econômico da JBS, ao passo que, não houve qualquer investimento relevante no Brasil no setor de tecnologia. Manter a economia focada, majoritariamente, na venda de produtos sem valor agregado é um retrocesso considerando o desenvolvimento da tecnologia nos demais países do mundo. Mas, essa opção para onde o investimento deve ser

direcionado é feita pelo banco estatal, que acaba sendo cooptado pelo poderio econômico, nos moldes como o ente colonizador fazia com os detentores das capitâneas hereditárias no passado.

No estado moldado à imagem e semelhança do monopólio, há uma tendência a reproduzir a concentração. Então o estado é um dos agentes ou mesmo o principal agente que permite a reprodução das mesmas estruturas. Se não mexer nas estruturas, a história se consolida. Não é apenas uma questão ideológica e de mudança de governo, está acima disso, é teórica.

A história do desenvolvimento e do subdesenvolvimento pode ser contada a partir das estruturas de mercado que foram estabelecidas nas diversas regiões do globo. Talvez o subdesenvolvimento não seja uma etapa do desenvolvimento, mas uma circunstância histórica estabelecida.

Se é usada como primeira unidade organizativa da sociedade um monopólio, essa região vai assumir as características desse monopólio. O elemento primeiro a ser estabelecido é aquele que irá influenciar todo o desenvolvimento da sociedade. O monopólio é a estrutura organizativa básica de todas as colonizações. O resto passa a girar em torno desse monopólio. O Brasil, por exemplo, não tinha sociedade quando foi colonizado. Passou a ser totalmente controlado por aquele monopólio, que queria captar a maior quantidade de riqueza possível para exportar.

O foco do desenvolvimento está nessas estruturas criadas, e não nas instituições – o receituário das duas teorias é completamente diferente. Se as estruturas geram padrões perversos de distribuições de renda, é preciso implementar políticas redistributivas (que também não se sustentam sem as mudanças estruturais). Porque não adianta redistribuir a renda, enquanto a “máquina” está programada para drenar toda renda para o mesmo lugar (a redistribuição apenas diminuirá o problema, mas não resolverá). Logo, é preciso alterar as estruturas senão elas se tornam insustentáveis (o Estado fica assistindo à concentração de renda, sem encontrar solução).

Nesse sentido, a intervenção do Estado com a regulamentação das empresas é vital para evitar a formação de monopólios ou oligopólios. Por conta das regulamentações, o custo para a entrada de outras empresas no mesmo mercado pode ser reduzido, e o monopólio, desfeito. De outro lado, se a regulamentação é

distorcida, isso pode favorecer os monopólios. Por exemplo, no Brasil foi expedida uma norma proibindo a venda de pedaços inteiros de carne para os açougues, sendo obrigatória a venda em pacotes embalados à vácuo. Houve uma quebra nas relações comerciais entre açougues e frigoríficos pequenos, que não possuíam a tecnologia para repassar a carne já embalada à vácuo. Isso permitiu a criação de um grande monopólio no setor, como citado acima.

Do exposto até o momento, percebe-se que o desenvolvimento é condicionado a posturas estatais de regulamentação e implementação de políticas aptas a evitar o sistema de monopólios, para realizar a redistribuição de renda, fomentar investimentos, valorizar os trabalhadores, dentre outras, e tudo alinhado às peculiaridades de cada Estado. Nas palavras de SCHAPIRO, 2011 (pág. 132), interpretando a conclusão de TAMANAHA:

(...) essa estratégia de intervenção, assentada na difusão do, assim chamado, *Rule of Law*, tem dado pouca importância às variações institucionais locais e, com isso, tem desconsiderado um fato relevante: a existência de diferentes arranjos nacionais, forjados ao longo de trajetórias históricas e materializados em uma teia complementar de leis, instituições valores e padrões culturais – elementos que figuram subjacentes aos regimes de organização social e econômica

Não se pode olvidar que neste processo influenciador do Direito para a promoção do desenvolvimento, não participam apenas os poderes políticos (Executivo e Legislativo), mas também, o Poder Judiciário. Este último não possui como função concretizar o desenvolvimento, contudo, a sua postura ativista pode influenciar diretamente nesse processo, trazendo efeitos benéficos ou deletérios.

Há de ser lembrado, como esmiuçado no Capítulo 1, que o poder estatal é dividido em três, que atuam de forma independente e harmônica. A Constituição é responsável por organizar o Estado, realizar a separação dos poderes e garantir os direitos fundamentais, individuais e coletivos. Esse modelo do Estado de Direito, sozinho, não é suficiente para promover o desenvolvimento, como afirma SCHAPIRO, 2011 (pág. 122):

(...) o paradigma *Rule of Law*, como estratégia de promoção do desenvolvimento, tem dificuldade em lidar com a existência de



alternativas institucionais de organização econômica e financeira, para além de um modelo de mercado baseado em atores atomizados e carentes de segurança jurídica

Nesse cenário do *Rule of Law* a democracia deve assegurar as liberdades políticas, que são as oportunidades que os indivíduos têm para determinar as políticas de governo, abrangendo o exercício dos denominados direitos civis e políticos. Isso porque, “*os direitos políticos e civis dão às pessoas a oportunidade de chamar a atenção eficazmente para necessidades gerais e exigir a ação pública apropriada*” (SEN, 2010, pág. 199).

Com efeito, a democracia representativa é o principal instrumento de garantia da liberdade política substancial. SEN, 2010, faz uma análise sobre a relevância das liberdades políticas em sociedades onde a necessidade econômica é premente. Inicia sua abordagem relatando a discussão que surgiu na conferência de Viena em 1993, em que delegados de vários países argumentaram contra a aprovação geral de direitos políticos e civis básicos para o Terceiro Mundo, sob o argumento da pouca serventia da liberdade política para os pobres, sem condições econômicas mínimas.

Os países desenvolvidos afirmaram que as liberdades e direitos tolhem o crescimento e o desenvolvimento econômico (tese de Lee, ex-primeiro ministro da China). Além disso, alegam que se os pobres pudessem escolher entre liberdades políticas e satisfação das necessidades econômicas, certamente escolheriam a segunda, e que, a ênfase na liberdade política, liberdades formais e democracia é prioridade “ocidental” que contraria os “valores asiáticos”, supostamente voltados para a ordem e a disciplina, e não às liberdades formais e liberdades substantivas (SEN, 2010, págs. 193/199).

Contudo, SEN questiona se este autoritarismo realmente funciona. O elevado crescimento econômico da China ou da Coreia do Sul na Ásia não é uma prova definitiva de que o autoritarismo é mais vantajoso para promover o crescimento econômico, tampouco não se pode concluir que o fato de que um país com crescimento rápido (Botsuana), é local democrático. As estatísticas que trabalham com esta relação são complexas e não sustentam a afirmativa de que há um conflito entre liberdades políticas e desempenho econômico. Existem outras circunstâncias, e devem ser examinados os processos causais que envolvem o desenvolvimento econômico.

A afirmativa de que os cidadãos dos países do Terceiro Mundo são indiferentes aos direitos políticos e democráticos não pode ser comprovada uma vez que o único modo para tanto seria submeter o assunto a um teste democrático em eleições livres com liberdade de oposição e expressão, cenário que os defensores do autoritarismo não permitiriam concretizar.

Na verdade, a intensidade das necessidades econômicas aumenta a urgência das liberdades políticas. A urgência dos direitos civis básicos surge por três motivos.

O primeiro é a importância direta para a vida humana associada à capacidade de participação na vida política e social. Em eleições realizadas na Índia na década de 1970, por exemplo, a supressão dos direitos políticos e civis básicos foi firmemente rejeitada, e o eleitorado indiano (um dos mais pobres do mundo) se mostrou tão ardoroso para protestar contra a negação de liberdades e direitos básicos, quanto para queixar-se de pobreza econômica.

O segundo motivo é o papel instrumental de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política. Os dirigentes têm incentivo para ouvir o que o povo deseja se tiverem de enfrentar a crítica desse povo e buscar seu apoio nas eleições. Nunca uma fome coletiva se materializou em um país que fosse independente, que tivesse eleições regularmente, partidos de oposição para expressar críticas e que permitisse aos jornais noticiar livremente e questionar a sabedoria das políticas governamentais sem ampla censura.

Finalmente, o terceiro motivo seria o papel construtivo na conceituação de “necessidades”. O exercício de direitos políticos básicos torna mais provável não só que haja uma resposta política a necessidades econômicas, como também que a própria conceituação de “necessidades econômicas” possa requerer o exercício desses direitos. O alcance e a eficácia do diálogo frequentemente são subestimados quando se avaliam problemas sociais e políticos.

A concepção de “necessidades” relaciona-se às ideias que temos sobre a natureza evitável de algumas provações e à compreensão do que pode ser feito sobre isso. Na formação dessas compreensões e crenças, as discussões públicas têm um papel crucial.

Já a democracia não serve como um remédio automático para todas as

mazelas. A oportunidade que ela oferece deve ser aproveitada positivamente para que se obtenha o efeito desejado. Esta é uma característica das liberdades em geral.

A democracia é bem-sucedida na prevenção de calamidades fáceis de se entender e nas quais a solidariedade pode atuar de forma imediata, como por exemplo ocorreu na erradicação da fome coletiva na Índia. Porém, em outros problemas, o efeito não é tão eficaz, como nos casos de eliminação da subnutrição regular, analfabetismo e nas desigualdades entre os sexos naquela mesma sociedade (SEN, 2010).

Além disso, a concretização da democracia depende do modo como as oportunidades são usadas pelos cidadãos. O ativismo dos partidos de oposição é uma força importante tanto nas sociedades não democráticas quanto nas democráticas.

Em uma democracia, o povo tende a conseguir o que exige e, de um modo mais crucial, normalmente não consegue o que não exige.

Essa explicação sobre a democracia, e sua análise em países subdesenvolvidos, é para concluir que um sistema democrático é um componente essencial do processo de desenvolvimento. O papel permissor dos direitos políticos e civis aplica-se a um domínio muito amplo, embora tenha sido mais eficaz em algumas áreas do que em outras. Sua comprovada utilidade na prevenção de desastres econômicos é importantíssima.

Todavia, apesar desta relevância das instituições democráticas, elas não podem ser vistas como dispositivos mecânicos para o desenvolvimento. Seu uso deve ser condicionado por nossos valores e prioridades, e pelo uso que fazemos das oportunidades de articulações e participações na vida política.

As discussões e debates públicos viabilizados pelas liberdades públicas e direitos civis desempenham um papel fundamental na formação de valores. Até mesmo para se identificar uma “necessidade”, é inevitável a influência da participação e diálogo públicos.

Por mais valiosa que a democracia seja como uma fonte fundamental de oportunidade social, existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e meios para fazê-la funcionar bem, e realizar seus potenciais. A realização da justiça social depende não só de formas institucionais, mas também de sua concretização prática. Este é um desafio enfrentado por democracias maduras (como os Estados Unidos,

por exemplo, onde há participação de diferentes grupos raciais nos debates públicos), e também por democracias mais recentes.

O aumento das rendas individuais obviamente é importante meio de expandir liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Contudo, a despeito do aumento na riqueza global, ainda se nega liberdades elementares a um grande número de pessoas.

A maximização do acesso às liberdades é uma importante via de mão dupla para o desenvolvimento: quanto mais pessoas tiverem suas liberdades preservadas, mais influenciarão sua sociedade de maneira coerente, e com isso possibilitarão maiores impulsos ao próprio processo de desenvolvimento.

A ausência de liberdades substantivas pode se relacionar com a pobreza econômica (como a desnutrição ou falta de remédios para doenças tratáveis); à carência de serviços públicos e assistência social; e à negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.

Mas as liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios instrumentais, ou seja, é ao mesmo tempo instrumental e finalística.

Há uma relação empírica entre as liberdades instrumentais, assim diferenciadas por SEN, 2010 (págs. 58/60): a) liberdades políticas, compreendidas como as “*oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar e com base em que princípios, além de incluir a possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades, liberdade de expressão política e imprensa sem censura, etc*”; b) facilidades econômicas, as “*oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca*”, e mais adiante SEN explica que “*à medida que o processo de desenvolvimento econômico aumenta a renda e a riqueza de um país, estas se refletem no correspondente aumento de intitulentos econômicos da população*”; c) oportunidades sociais, que “*são as disposições que a sociedade estabelece na área de educação saúde, etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor*”; d) garantias de transparência, reveladora de uma sociedade com “*presunção básica de confiança*”, ou seja, como “*inibidores da corrupção, da irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas*”; e) segurança protetora, que inibe “*a população afetada seja*

*reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo à fome e à morte”.*

Com efeito, após compreender como o ativismo judicial fragiliza a democracia, e em seguida, a importância da democracia para o processo de desenvolvimento econômico, passa-se a fazer uma análise direta entre os temas em comento.

### **2.3. IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

O Direito é a “*arte dos escribas*” (SALOMÃO FILHO, 2012, pág. 533) pois elabora as leis com base no estudo e conclusões de outras ciências, como por exemplo, a economia. Após, interpreta a lei, com base na hermenêutica jurídica.

Uma das formas de interpretar o Direito é o racionalismo jurídico, método de aplicação e construção do Direito. Propõe a ruptura entre o Direito e a moral, e passa para uma interpretação lógica. A racionalidade prevê um sistema de autointegração das ciências sociais como um todo, e isso leva a crer que o método é capaz de resolver todas as situações da vida, por meio dos recursos nela previstos, mormente pela analogia (no caso da ausência de lei).

Essa “autossuficiência” do sistema jurídico na era do positivismo fez os operadores do direito se afastarem cada vez mais de valores e princípios, deixando os rumos da organização da sociedade para os poderes constituídos, independentemente dos interesses sociais envolvidos. Em outras palavras, a finalidade das normas não era um assunto a ser abordado pela ciência jurídica, que apenas interpreta e aplica o direito posto.

Disso se conclui que no sistema da racionalidade, apesar de trazer segurança jurídica e um sistema autossuficiente, o seu distanciamento de valores morais permitiu o avanço inescrupuloso do setor econômico. O mercado, extremamente concentrado, sofreu uma grande influência dos grupos econômicos, que passaram a ditar as regras de funcionamento para as instituições.

Outrossim, o Direito não prepara os magistrados para a discussão dos interesses, que exige conhecimentos interdisciplinares, tais como, sociologia, política, economia, etc. O juiz de direito é um exegeta, e não se preocupa com os efeitos das

normas. Como consequência da visão racional-positivista, a ideia de compensação como a forma mais simples de solução legal de problemas que envolvem uma parte vulnerável (como no direito do trabalho, do consumidor, etc.). Esse sistema de compensação é, de fato, útil aos grupos hipossuficientes, mas não alteram o sistema econômico (e nem poderia, uma vez que o efeito da aplicação das leis não é equilibrar estruturas de poder econômico).

Assim, o sistema de compensação leva a dois resultados paradoxais (SALOMÃO FILHO, 2012, pág. 539):

(a) políticas públicas dificilmente podem ser impetradas através do direito, pois as compensações são atribuídas pelas decisões judiciais de forma casuística e nem sempre coordenada e coerente; (b) é difícil conseguir através do direito a transformação econômica social, pois compensações serão sempre insuficientes para fazer frente às desigualdades continuamente criadas em múltiplas esferas do sistema econômico, pelo funcionamento do sistema econômico, baseado que é em estruturas de poder econômico extremamente concentrado

Logo, o ideal a se fazer é a reforma das estruturas de maneira a disciplinar o funcionamento dos centros de poder, e não apenas prever um sistema para compensar os abusos decorrentes do seu mau funcionamento. Essa é a ideia central da teoria estruturalista do Direito e desenvolvimento, que critica a visão racional-positivista, e busca identificar as estruturas econômicas e jurídicas que respondem pela dominação do poder econômico, afastando o raciocínio valorativo na organização da sociedade.

O Direito é determinante para as bases econômicas, como por exemplo, a regulação da propriedade imaterial como as patentes, que são “estruturas jurídicas”, que geram uma dominação relevante. A alteração da regulação de institutos relacionados com a propriedade é imperiosa porque necessariamente fará a revisão do funcionamento do sistema econômico, e também avaliará questões como a escassez, a desigualdade, e o desenvolvimento sustentável.

Por essa razão a teoria desenvolvimentista denominada “estruturalismo” busca a identificação das estruturas jurídicas e econômicas, sua formação histórica, e verifica a possibilidade de reconstrução do Direito.

Vale lembrar que a concentração do poder também acarreta na concentração do conhecimento e das informações. Há um empecilho na transmissão de informações e na troca comunicativa de forma livre. Isso traz como consequência o desequilíbrio nas relações e da distribuição da renda.

Compreendidas as teorias desenvolvimentistas – institucionalista e estruturalista (supra) – forçoso reconhecer que não há relação de exclusão do conteúdo proposto por elas.

No caso dos adeptos da teoria institucionalista em que se consideram instituições as regras do jogo, compreendidas as regras formais, informais e os mecanismos responsáveis pelo cumprimento destas regras, e as organizações são os jogadores, tem como principal restrição ao desenvolvimento, a ideologia (NORTH, 1998).

Os agentes que podem promover mudanças para atingir o desenvolvimento são os empresários políticos e econômicos que decidem nas organizações. As fontes de mudança são as oportunidades percebidas pelos agentes, e devem ocorrer de forma gradativa, e de acordo a dependência da trajetória.

As instituições são formadas para reduzir as incertezas, e trazer segurança jurídica, o que não significa que os resultados serão eficientes. Mas o papel do Poder Judiciário é reafirmar as regras do jogo, e com isso não apenas trazer segurança jurídica, como também reduzir os custos das transações. Oportuna a lição de SCHAPIRO, 2011 (pág. 128):

Na medida em que as expectativas de crescimento econômico e sucesso das nações são depositadas no funcionamento adequado dos mercados, tomados como espaços necessários e suficientes de alocação dos recursos sociais, o papel esperado do direito é que este seja capaz de promover a segurança jurídica, o que envolve, em última análise, a garantia de estabilidade nas relações entre particulares

Para os estruturalistas, em nada adianta um arranjo institucional forte e consolidado se as estruturas são dominadas pelos detentores do poder econômico, fazendo uso das próprias instituições em benefício próprio. É necessário, além de instituições e regras do jogo eficientes, uma reforma das estruturas de molde a frear qualquer tipo de concentração econômica abusiva, e reavaliar os conceitos

tradicionais do direito de propriedade.

E há ainda os estudos sobre desenvolvimento que demonstram que o crescimento econômico nem sempre vem acompanhado de uma melhoria na vida dos nacionais do país (SEN, 2010 e COUTINHO, 2013).

Seguindo essa última linha, pode ser invocada a Constituição Federal de 1988, influenciada pelo Estado de Bem-Estar Social, quanto ao seu conteúdo, analítica, com um amplo rol de direitos sociais prestacionais. Esses direitos, que por vezes dependem das políticas públicas para serem implementados, que são definidos por BUCCI, 2002 (pág. 241) como:

programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato

Este processo juridicamente regulado deve seguir as etapas procedimentais de discussão na agenda políticas, previsão orçamentária, opção pela maneira mais adequada para execução e, por fim, a própria implementação.

As ações governamentais caracterizadas como criadoras de políticas públicas são atos que devem ficar a par da função jurisdicional. A promoção do desenvolvimento, como abordado, ocorre com a manutenção de instituições fortes, que confirmam segurança jurídica, e por meio da reforma das estruturas. Forçar o governo a implementar políticas públicas em determinado sentido, e burlar o “processo juridicamente regulado” para sua criação, desestabiliza o Estado de Direito, e fragiliza a democracia do país. E, como também minudenciado alhures, colocar em risco o sistema democrático e as liberdades pública pode trazer mais prejuízos ao processo de desenvolvimento do que suprir necessidades econômicas (SEN, 2010).

No que se refere ao processo de desenvolvimento, a principal crítica apresentada é sobre os efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados que as decisões judiciais podem causar. Na explicação de BARROSO, 2008 (pág. 16):

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para



avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política pelas escolhas desastradas.

Existem demandas que exigem conhecimento técnico e científico próprio para serem interpretadas, e nem sempre o juiz é o mais qualificado para decidir o caso concreto. Em casos tais, o Judiciário deve considerar e acolher as deliberações de quem o tenha. Nesse sentido, a explicação de SARLET, 2015 (pág. 316):

(...) a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos Poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. De acordo com a ponderação do publicista suíço J.-P. Müller, falta aos Juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica.

Como visto, a força das estruturas econômicas na realidade política e social é inegável. Elas têm crescido, limitando o desenvolvimento e a melhoria institucional (SALOMÃO FILHO, 2015). Não se trata de um problema local, mas global, porque as estruturas econômicas escolhem os países onde explorar (em regra nas áreas com mão-de-obra barata e elevada riqueza natural), e em consequência a população das potências econômicas migram para os países monopolizados, e na condição de imigrantes também não possuem a devida proteção social (face negativa da globalização mencionada na introdução deste trabalho).

Os fenômenos sociais de exclusão se globalizam e o Estado vem timidamente apresentando alternativas para mitigar essa concepção de dominação das estruturas sedimentada, afastando uma crença anódina de transformação das esferas sociais.

Com um ativismo judicial e social importantes transformações podem surgir. Para isso, a lei deve fornecer criativas e transformadoras ferramentas, mais do que fez nos últimos três séculos, sob a sombra do positivismo (SALOMÃO FILHO, 2012, pág. 539):

Relações econômicas, em ausência de limitações legais, são reguladas pelo poder econômico. Se o direito decide-se por uma interferência mínima, apenas proporcionando compensações para grupos mais desfavorecidos (o que é obviamente necessário, mas não suficiente), o poder torna-se o principal elemento de desorganização das relações econômicas e sociais. O poder econômico impõe então a sua racionalidade: seu uso contínuo e constante para obter maximização de riqueza em proveito próprio

Entretanto, neste ponto é preciso ter cautela, pois as sociedades que fazem uso do Judiciário como arranjo de transformação social e de implementação de direitos tendem a ser desiguais. Em razão da desigualdade, aqueles que possuem acesso aos recursos legais ostentam uma boa proteção dos seus direitos. Via de consequência, a proteção judicial dos direitos sociais e econômicos tendem a favorecer os indivíduos que estão em melhores condições, contradizendo a intenção da proteção constitucional, de reduzir as desigualdades. Para BARRAL, 2006 (pág. 35):

Para compreender o papel do direito e do desenvolvimento, é necessário compreender o papel e os verdadeiros limites da ordem jurídica em uma sociedade. Este papel poder ser formal, como declaração de um direito; pode ser instrumental, como a regulamentação de um direito; pode ser factual, como impacto sócio econômico da ordem jurídica; ou pode ser institucional considerando-se então as consequências institucionais da ordem jurídica. O primeiro dever de um jurista é o de humildade, o de reconhecer que a ordem jurídica pode ter inclusive efeitos negativos para o processo de desenvolvimento em uma sociedade

A interpretação que o Judiciário brasileiro vem fazendo sobre os direitos sociais e econômicos, gera um atraso na luta pela redução da desigualdade. Aqueles que vivem na extrema pobreza sequer têm conhecimento sobre os direitos sociais que poderiam pleitear em juízo. Assim, o sistema de proteção dos direitos fundamentais exclui exatamente aqueles que a Constituição Federal pretendeu proteger.

As políticas públicas só têm sentido para a implementação dos direitos sociais e econômicos, beneficiando os mais pobres dentre os pobres, ou seja, aqueles que a ação direta do Estado tem um potencial de reduzir o abismo social da desigualdade que existe na sociedade brasileira (GÔUVEA, 2013).

É cediço que a Constituição Federal de 1988 foi prolixa ao elencar os direitos

fundamentais e sociais, contudo, a efetivação desses direitos não atende sua finalidade essencial, qual seja, a redução das desigualdades, especialmente a fome e a condição de miserabilidade, como insculpido no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal: “*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”.

Em quase todo o mundo a disponibilidade de alimentos tem aumentado na mesma proporção que a população, mas isso não indica que a fome vem sendo sistematicamente eliminada, uma vez que a carência alimentar não ocorre pela falta de alimentos, e sim de quem controla a sua produção e distribuição (SEN, 1999).

Com efeito, conferir *entitlements* (intitamentos) às pessoas pobres depende da reforma das estruturas, e também do fornecimento estatal dos serviços integrantes de seu programa de seguridade social (SEN, 1999).

Em relação aos direitos sociais, a variável que vem sendo obliterada é o fornecimento dos direitos sociais conforme as necessidades específicas de cada cidadão. No caso do direito à saúde por exemplo, o Estado precisa de recursos para garantir a universalidade deste direito previsto na Constituição Federal, tornando inevitável o uso de critérios distributivos.

O padrão para os pronunciamentos judiciais nesses casos deve ser necessariamente distributivo, porque aqueles que vivem na pobreza não conseguem ser ouvidos, vez que não têm recursos para contratar advogados e levar ao Judiciário uma demanda pleiteando ao governo investimentos para erradicar doenças básicas, como aquelas decorrentes da ausência de saneamento básico.

A constante prática de concessão de medicamentos pelo Judiciário brasileiro reforça as desigualdades sociais, favorecendo a classe média e não os mais pobres do país. Os juízes que se deparam com a possibilidade de o demandante morrer, prefere realizar um ato de caridade com o dinheiro público do que assumir o risco de uma decisão delicada (GÔUVEA, 2013).

Portanto, o ativismo judicial nesse contexto, além de criar uma crise institucional, sedimenta a desigualdade, não apenas pela falta de capacitação dos membros do Poder Judiciário no tema da macroeconomia, como também por fatores pessoais inerentes aos juízes. Para melhor compreender, a lição de FERREIRA

FILHO, 2011 (pág. 293):

Cass Sunstein, professor de Havard, em livro recente, reconhece as várias deficiências institucionais para o exercício de funções políticas, tomando o contrapé de Dworkin. Em resumo aponta como tais: ser o Judiciário composto de bacharéis “vindos de um seguimento estreito e particular da sociedade”; faltarem aos juízes “boas ferramentas para destrinchar fatos”; estarem isolados de grupos e eventos relevantes; concentrarem sua atenção sobre casos particulares; não terem habilidade “para processar os efeitos sistêmicos de suas decisões

E segue o autor (pág. 296):

A assunção de um papel político do Judiciário tem sua mais grave contrapartida no fato de provocar o ativismo judicial, ou seja, a sua politização. Abre as portas para este. Disto, o Supremo Tribunal Federal tem até hoje escapado, não o Judiciário brasileiro que preside. Mas o risco existe também para ele.

O mecanismo desencadeador do ativismo é simples.

Já se apontou que o magistrado pertence a uma elite, intelectualizada, bem pensante, politicamente correta, que frequentemente não se conforma com o que se passa com o Estado e com a governança, entregues aos “políticos”, nem aceita o quadro socioeconômico existente.

Disto decorre que, recebendo meios de atuação que vão além da sua função tradicional de dirimir litígios, cedem alguns à tentação de trabalhar ativamente para a concretização do seu ideal. Posicionam-se como representantes do povo (que não os escolheu), vingadores de injustiças e carrascos dos mais. Passam a ser protagonistas ativos da vida política.

E, como não raro, vêm a ser aplaudidos pela mídia, sentem-se heróis.

No mesmo sentido, o trabalho desenvolvido por COUTINHO, 2013 (pág. 13), especificamente sobre o uso do Direito como instrumento para redução das desigualdades sociais e promover o desenvolvimento:

Os juristas estão habituados a falar da justiça social e são desde cedo expostos a diversas concepções metafísicas sobre o que ela é ou deveria ser. No entanto, em muitos países (incluindo o Brasil), não são como regra educados ou treinados para desempenhar o papel o chave que, na prática, cumprem na implementação de políticas públicas – que são, por excelência, os mecanismos pelos quais direitos se efetivam nos Estados de Bem-Estar Social. Por conta disso, sejam eles juízes, advogados, promotores de justiça, defensores ou administradores públicos, esses profissionais tendem a se ressentir da falta de familiaridade e habilidade para lidar com desafios quotidianos que a concretização de um ideal de justiça demanda a todo o tempo

Desta maneira, os extremamente pobres ficam excluídos do debate, porque nem mesmo possuem conhecimento dos direitos fundamentais. São analfabetos, sem moradia, e não recebem nem diagnóstico para suas doenças, o que se dirá de instruções sobre judicializar o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Pensando dessa maneira, individualmente, os países em desenvolvimento se mantêm eternamente neste estágio (GÔUVEA, 2013).

O que se conclui é que o excessivo ativismo judicial, com viés individualista, além de colocar em risco a própria democracia, desequilibrando a separação dos poderes (pois permite que o Judiciário se torne um “superpoder” ao fazer uma verdadeira revisão das decisões parlamentares e governamentais), também é um perigoso fator de nutrição da desigualdade preexistente.



## CONCLUSÃO

A judicialização da política é um fenômeno típico das democracias que adotam a separação dos poderes (Montesquieu) para consolidar o Estado de Direito, e assim impedir o abuso do poder estatal e garantir os direitos fundamentais.

Não há como cada um dos poderes executar somente as funções que lhe foram concedidas, de maneira genuína, por isso existe a divisão das funções em típicas e atípicas. Contudo, o avanço de um poder ao núcleo essencial de funções de outro, infringe a separação entre eles, e em última análise, ataca a própria democracia.

No Brasil este fenômeno vem sendo observado em virtude do ativismo judicial, cujos fatores propulsores são o desprestígio dos políticos, a falta de representatividade da sociedade, e o modelo de Estado intervencionista, uma vez que a Constituição Federal de 1988 fez a previsão de um vasto rol de direitos fundamentais prestacionais, com normas constitucionais de natureza programáticas

Esse último argumento teórico se mostrou campo fértil para o Supremo Tribunal Federal modificar sua forma de realizar o controle de constitucionalidade, impingindo efeitos vinculantes, ao controle concentrado (*erga omnes*) e ao controle incidental (*inter partes*). Somado a isso, o Supremo Tribunal Federal ganhou atribuições assemelhadas à função legislativa, como a edição de súmulas vinculantes e na apreciação da omissão inconstitucional, também com efeitos vinculantes em relação aos demais poderes.

Outrossim, a onda neoconstitucionalista que atingiu o Poder Judiciário como um todo, conferindo prestígio aos princípios e normas constitucionais com conceitos jurídicos indeterminados, tais como “interesse público”, deflagrou uma discricionariedade para os magistrados decidirem os casos concretos, sendo certo que em nosso sistema jurídico do *civil law* há de ser observada a primazia da lei.

Essa postura ativista do Poder Judiciário possui impacto direto no desenvolvimento do país. A necessidade da intervenção estatal para o desenvolvimento é inequívoca, contudo, é preciso reavaliar as formas que o Estado deve fazer essa ingerência.

Não se mostra mais suficiente o Estado garantir as regras do jogo da atividade econômica, porque nesta linha argumentativa não há qualquer preocupação com a

efetivação de direitos fundamentais, exceto os relativos ao princípio da legalidade, ao direito de propriedade e livre iniciativa (SALOMÃO FILHO, 2008).

Impor limites à atuação do Estado, em especial, no setor econômico, não é a fórmula certa para gerar desenvolvimento. Por outro lado, a intervenção estatal, tanto como agente empreendedor no mercado, quanto na condição de agente de fomento, ou até mesmo como ator principal no cenário capitalista, revelou proeminente resultado no processo de desenvolvimento, em variados países.

Somado a isso, não se pode descartar a importância das políticas públicas de redistribuição de renda, para redução das desigualdades, estímulo no mercado de consumo e instrumento de sedimentação da democracia. Se bem aplicadas regras como a correta repartição dos resultados do investimento exitoso do Estado em pesquisa e desenvolvimento, participação do Estado dentre os controladores de grupos econômicos relevantes para a economia, dentre outras medidas, certamente despontarão resultados benéficos no processo de desenvolvimento econômico.

Ademais, o ativismo judicial visto como uma ferramenta de implementação dos direitos fundamentais se mostra como um importante instrumento para reduzir as desigualdades e promover o desenvolvimento, porém, desde que tomando como pressuposto a implementação das políticas públicas de modo difuso, sem preferir atender o direito social de um indivíduo, em detrimento de outro, e assim concretizar um real combate à desigualdade.

Nesta senda, o ativismo judicial para a execução de políticas públicas deve respeitar as opções discricionárias do Poder Legislativo e do Poder Executivo, uma vez que compete a eles a função de governo, por meio das leis orçamentárias e administração pública, realizando opções que não devem ser sindicadas pelo Poder Judiciário.

Outrossim, ao decidir um caso concreto, na maioria das vezes os juízes se furtam da análise do efeito “macro” de sua decisão. As políticas públicas dependem de leis, que são debatidas em comissões específicas em relação às matérias nas casas legislativas, e após, votada pelos congressistas, representantes do povo. São condicionadas pelas leis orçamentárias, discutidas e votadas para balizar a atuação do Executivo. E mais importante ainda, existe a repartição de rendas constitucionalmente prevista, que não pode ser ignorada.



Avaliando um caso concreto de direito individual subjetivo violado, são poucas as vezes que um magistrado consegue, diante das vicissitudes mencionadas, prolatar uma sentença adequada e ponderada. Em regra, são avaliados apenas os riscos da não concessão do direito pleiteado ao demandante.

No tema do fornecimento de medicamentos, por exemplo, é sabido que o orçamento público não é suficiente para atender a totalidade das doenças dos cidadãos. Por isso, é elaborada uma política governamental, após estudos e planejamento, direcionada a erradicar as doenças mais graves e atender os mais pobres. Nesse contexto, uma decisão judicial individual, que retire a verba desse planejamento para fornecer um medicamento para um postulante, pode prejudicar o cronograma econômico, e uma decisão em sede de controle de constitucionalidade, com validade a todas as pessoas na mesma situação, pode ter efeitos mais profundos.

Portanto, é cediço que o ativismo judicial ponderado contribui para o desenvolvimento nacional, mas se exercido de maneira imprudente pode agravar ainda mais a situação de desigualdade implementada em determinado contexto social.



## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Dez ideias sobre a liberdade, extraídas da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, 2005.

BARRAL, Welber. **Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico**. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (orgs.). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO. Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Artigo disponível em

[http://www.cnj.jus.br/eadcni/pluginfile.php/136607/mod\\_resource/content/2/BARROS\\_O%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20-%281%29.pdf](http://www.cnj.jus.br/eadcni/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROS_O%2C%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20-%281%29.pdf), acesso em 18 de fevereiro de 2018.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed., rev. e atualizada por Samantha Meyer-Pelug. São Paulo: Malheiros, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol. 1. Tradução Carmen C. Varriale et ai., coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 354 AgR/DF**, rel. Min. Celso de Mello, j. 16/05/1991, acesso em 08/02/2018, disponível no link:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325926>

\_\_\_\_\_. **ADIn-MC 1.434/SP**, rel. Min. Celso de Mello, j. 29/08/1996, acesso em 08/02/2018, disponível no link:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347055>

\_\_\_\_\_. **ADI-MC 1.905/RS**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/11/1998, acesso em 19 de fevereiro de 2018, disponível no link:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347322>

\_\_\_\_\_. **MS 24.452-1/RJ**, rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999, acesso em 08/02/2018, disponível no link:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito Público econômico: fontes e princípios na Constituição Brasileira de 1988**. In Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988, coordenadores Cláudio Lembo e Mônica Herman S. Caggiano (Série Culturalismo Jurídico). Barueri, SP: Minha Editora, 2007.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Democracia X constitucionalismo: um navio à deriva?** Acesso em 02 de maio de 2018, disponível no link  
<http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2011/artigos/monica.pdf>,

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. Os Constitucionalistas. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** Acesso em 02 de julho de 2018, disponível no link <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>

COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CYPHER, J.; DIETZ, J. **The Process of Economic Development**. Londres: Routledge, 2004.

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. 1ª ed. 13ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**; coord. de edição Marina Baird Ferreira; equipe de lexicografia Margarida dos Anjos, 7ª ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

FERREIRA, Gustavo Assed. **Direito, desenvolvimento e proteção aos direitos difusos no Brasil**. In. AGUADO, Juventino de Castro; LEHFELD, Lucas de Sousa (org.). **Construção da Cidadania e Constituição**. 1 ed. Leme/SP: Pensamentos e Letras, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 24ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 34ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. Tradução Elvira Serapicos, 1ª ed. São Paulo: Portifólio-Penguin, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão de recursos no novo CPC**. São Paulo: Editora RT, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Acesso em 11 de julho de 2018, disponível no link:

<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/>

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NORTH, Douglass C. **Custos de Transação, Instituições e Desempenho Econômico**. Rio de Janeiro. Instituto Liberal, 1998.

NURKSE, R. **Problems of Capital Formation in Underdeveloped Countries**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1961.

PREBISH, R. **O desenvolvimento econômico da América Latina e alguns de seus principais problemas**. In R. Bielschowsky. Cinquenta anos de pensamento na Cepal. Vol. 1, 1949.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito?**. In: Revista dos Tribunais nº 926, Dezembro de 2012, págs. 533-547. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Monopolies and Underdevelopment**. Edward Elgar, 2015.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Migalhas. **O ativismo judicial**. Acesso em 02 de julho de 2018, disponível no link: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273781,11049-O+ativismo+judicial>

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHAPIRO, Mário G. **Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais**. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). Estado de direito e o desafio do desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, tradução Laura Teixeira Motta, revisão técnica Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 66, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: Ltr, 1999.

STIGLITZ, Joseph E. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luis. **As várias faces da discricionariedade no Direito Civil brasileiro: o “reaparecimento” do Movimento do Direito Livre em *Terras Brasilis***. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8. Julho-Setembro de 2016, págs. 37-44.

TAVARES, André Ramos, verbete “Ativismo judicial”. In: DIMITRI, Dimoulis (org.). Vários autores, vários organizadores. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRUBEK, David M. **O “Império do Direito” na ajuda ao Desenvolvimento: Passado, Presente e Futuro**. Tradução: Pedro Maia Soares Revisão técnica: José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2008.