

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PELOTAS – UCPeI  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E TECNOLÓGICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICA SOCIAL E  
DIREITOS HUMANOS

ENIO DUARTE FERNANDEZ JUNIOR

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL – A  
LEGITIMAÇÃO DA PROATIVIDADE JURISDICIONAL NÃO DELETÉRIA A  
CONTAR DO LEADING CASE DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA  
PELO JULGAMENTO DA ADPF 347**

PELOTAS – RS  
2020.

ENIO DUARTE FERNANDEZ JUNIOR

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL – A  
LEGITIMAÇÃO DA PROATIVIDADE JURISDICIONAL NÃO DELETÉRIA A  
CONTAR DO LEADING CASE DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA  
PELO JULGAMENTO DA ADPF 347**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos como requisito para obtenção do grau de Doutor em Política Social e Direitos Humanos.

**Área de concentração:** Questão Social, Direitos Humanos e Políticas Sociais.

**Linha de Pesquisa:** Direitos Humanos, Segurança e Acesso à Justiça.

**Orientador:** Prof. Dr. Luiz Antonio Bogo Chies.

PELOTAS – RS

2020.

## ERRATA

Catalogação da Publicação  
Ficha elaborada a partir de dados fornecidos pelo(a) autor(a)  
Bibliotecária da UCPEL: Cristiane de Freitas Chim CRB 10/1233

Fernandez Junior, Enio Duarte

Estado democrático de direito e ativismo judicial: a legitimação da proatividade jurisdicional não deletéria a contar do leading case das políticas de segurança pública pelo julgamento da ADPF 347./Enio Duarte Fernandez Junior.- Pelotas: UCPEL, 2020.

127 f.

Orientador: Luiz Antonio Bogo Chies.

Tese (doutorado) - Universidade Católica de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Direitos Humanos. - Pelotas, BR-RS, 2020.

1. Estado Democrático. 2. Poder Judiciário. 3. Ativismo Judicial. 4. Segurança Pública. I. Chies, Luiz Antonio Bogo, orient. II. Título.

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Para Gabriela, Pablo e Ornella.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus familiares, com quem compartilho as conquistas da vida e sem os quais tudo não passaria de um mero projeto. Meu eterno agradecimento pelo apoio incondicional, pelo incentivo e pelo perdão das horas de ausência.

Aos meus colegas professores, pelo apoio e incentivo.

Aos meus colegas de banca, por suprir minha ausência.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG e ao Curso de Direito da Faculdade Anhanguera do Rio Grande, na pessoa de seus diretores e coordenadores, que tornaram este projeto possível.

Aos meus alunos, pela paciência e pelas palavras de apoio.

À Universidade Católica de Pelotas – UCPel, Centro de Ciências Sociais e Tecnológicas, Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos, meu agradecimento pela acolhida.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos, meu agradecimento.

Ao professor Marcelo Moura, pelo carinho e pelo incentivo.

Ao professor Luiz Antonio Bogo Chies. Obrigado pelo carinho, pela paciência e por, com maestria, assumir a orientação e conduzir a pesquisa até o final. Não tenho palavras para agradecer o quanto sua dedicação foi decisiva para o presente trabalho. Muito obrigado!

A todos que, direta ou indiretamente, participaram destes quatro anos, muito obrigado.

[...] fico pensando no que vai acontecer com o Direito brasileiro depois disso tudo. Se a moral e os subjetivismos valem mais do que o Direito, o que os professores ensinarão aos alunos? Teoria Política do Poder? Mas de quem? A favor ou contra quem? Por isso, de forma ortodoxa, mantenho-me nas trincheiras do Direito. É mais seguro [...] o ensino jurídico no Brasil tem futuro? Ficções da realidade e realidade das ficções! E pior: há milhares de professores que, por aí afora, não protestam contra isso tudo. Aliás, de quem é a culpa do livre convencimento? Os professores são coautores [...].

(Lenio Streck)



## RESUMO

A pesquisa que sustenta esta tese analisa as alterações do Estado Democrático de Direito, partindo do estudo de suas funções e as implicações que as novas atuações do Poder Judiciário oportunizam (essas, agrupadas sob o denominado ativismo judicial). Identifica-se que o Poder Judiciário, pós Constituição Federal de 1988, passou a se destacar dentro de novas funções que lhe foram atribuídas a partir de uma, também nova, percepção do Estado. Assim, primeiro com o alargamento de responsabilidades derivadas de ferramentas de controle de constitucionalidade, como por exemplo, as Ações Diretas e as Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais e, de outro, com a amplitude semântica do Texto Constitucional. A delimitação do objeto da pesquisa privilegiou, como “Leading Case”, o julgamento da Medida Cautela na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF), pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2015. Aproxima-se, portanto, o estudo do ativismo judicial com as Políticas de Segurança Pública, permitindo visibilidade a uma relação que tem sido negligenciada nas reflexões sobre o tema eixo da tese. Na dimensão metodológica, as pesquisas bibliográfica e documental ganharam destaque, com análises e interpretações balizadas pela hermenêutica, sustentada na liberalidade e nos juízos de valores em contraponto à segurança jurídica. Como resultados, destacamos que, com estabelecimento de premissas e limites claros ao processo hermenêutico, o ativismo jurisdicional não é deletério e não conflita com a essência democrática do Estado, ao que também indicamos as condicionantes para tal percepção.

**Palavras-chave:** Estado Democrático. Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Segurança Pública.

## RESUMEN

La investigación que sustenta esta tesis analiza los cambios del Estado Democrático de Derecho, a partir del estudio de sus funciones y las implicaciones que ofrecen las nuevas acciones del Poder Judicial (esas, agrupadas bajo el llamado activismo judicial). Se identifica que el Poder Judicial a partir de la Constitución Brasileña de 1988, comenzó a destacarse dentro de nuevas funciones que le fueron atribuidas desde una, también nueva, percepción del Estado. Así, primero con la ampliación de responsabilidades derivadas de las herramientas de control de constitucionalidad, como por ejemplo las Acciones Directas y Argumentos de Incumplimiento de Preceptos Fundamentales y, según, con la amplitud semántica del Texto Constitucional. La delimitación del objeto de la investigación favoreció, como “Caso Rector”, la sentencia de la Medida Cautelar en Incumplimiento del Precepto Fundamental 347 (ADPF), del Tribunal Supremo Federal (STF), en 2015. Por tanto, se acerca el estudio del activismo judicial con Políticas de Seguridad Pública, permitiendo visibilizar una relación que ha sido descuidada en las reflexiones sobre el tema de la tesis. En la dimensión metodológica, cobró protagonismo la investigación bibliográfica y documental, con análisis e interpretaciones guiados por la hermenéutica basada en la liberalidad y juicios de valor en contraposición a la certeza jurídica. En consecuencia, destacamos que, con el establecimiento de premisas y límites claros al proceso hermenéutico El activismo jurisdiccional no es nocivo y no contradice la esencia democrática del Estado, al que también indicamos las condiciones para tal percepción.

**Palabras clave:** Estado Democrático. Poder Judicial. Activismo Judicial. Seguridad Pública.

## **LISTA DE SIGLAS**

**ADPF** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

**AIDS** – Síndrome da Imunodeficiência Humana

**ANVISA** – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

**FIES** – Financiamento ao Estudante do Ensino Superior

**FUNPEN** – Fundo Penitenciário Nacional

**FURG** – Universidade Federal do Rio Grande

**HIV** – Vírus da Imunodeficiência Humana

**LDBEN** – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

**PROUNI** – Programa Universidade para Todos

**REUNI** – Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**SUS** – Sistema Único de Saúde

**TJ** – Tribunal de Justiça

**TRF** – Tribunal Regional Federal

**UCPel** – Universidade Católica de Pelotas

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>CAPITULO I – AS POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	
1. POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS – RAZÃO E ORIGEM.....	23
2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS NO BRASIL – BREVE ANÁLISE DESDE 1988.....	26
<b>CAPÍTULO II – A SEGURANÇA ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA</b>	
1. A SEGURANÇA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS – A VERTICALIZAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL.....	36
2. A PRESTAÇÃO PELO ESTADO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, A RESERVA DO POSSÍVEL E A PROTEÇÃO DEFICIENTE – A PONDERAÇÃO E A RAZOABILIDADE COMO JUÍZOS DISCRICIONÁRIOS.....	43
3. A POSIÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA ACERCA DAS PRESTAÇÕES DE POLÍTICAS EM SEGURANÇA PÚBLICA.....	50
<b>CAPÍTULO III – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SUA (RE)LEITURAS</b>	
1. O CONSTITUCIONALISMO MODERNO – A PRESTAÇÃO TUTELAR EM OUTRA PERSPECTIVA.....	64
2. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO: TESE, ANTÍTESE E CAMPO.....	70
<b>CAPÍTULO IV – O PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO CAMPO DE DISCUSSÃO POLITICA</b>	
1. O JUDICIÁRIO ENQUANTO PODER – A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA OU A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	82
2. O ESTADO DOS PRINCÍPIOS – O MORALISMO JURÍDICO.....	88
3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO X ATIVISMO JURISDICIONAL – O TENSIONAMENTO DAS PREMISSAS.....	94

**CONSIDERAÇÕES FINAIS.....108**  
**REFERÊNCIAS.....116**

## INTRODUÇÃO

Os giros comportamentais da sociedade vêm apontado, ao longo dos anos, para uma releitura constante e sistemática acerca do que os agentes sociais esperam da sociedade e, como decorrência, da própria estrutura gestora da e na vida social. As crises sociais produzem um tensionamento natural na teia social, o que é capaz de mudar o estado das coisas.

E é em razão disso que atual formatação da sociedade é decorrência de diversos processos históricos de reestruturação, derivados de releituras dos agentes e dos fatores importantes nas suas estruturas, tais como a figura do próprio Estado, sua governança, as perspectivas sociais entre os indivíduos, a coletividade e em face do Estado, enfim, do que a sociedade passou a entender por necessário ao existir.

Muito embora essas variações se alterem conforme as formas de governo, fato comum é que há um núcleo duro que é fruto do assim chamado constitucionalismo moderno, que é decorrente da Revolução Francesa no século XVIII e que, ao longo dos anos, também sofreu influência dos pensamentos norte-americano e inglês.

O constitucionalismo moderno tem como fundamento central uma pauta que “reclama não só a adoção em todos os Estados do orbe de constituições escritas, documentais, mas que elas tenham como conotação o desiderato de impedir o arbítrio” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 3-4), o que possível perceber que representará “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” (CANOTILHO, 2003, p. 51) e que aponta para a ideia de que “o conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal qual a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Essa forma de constitucionalismo, como aponta Canotilho, trouxe um conjunto principiológico claro, sobre o qual a sociedade pós revolução veio se desenvolvendo e que são apontados como dimensões fundamentais ao constitucionalismo moderno com os seguintes aspectos:

1) ordenação jurídico-política contida num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo

modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Diante dessas premissas, a pesquisa desenvolvida se direciona necessariamente para a análise teórica sobre a doutrina da Separação dos Poderes, de tal sorte que seja possível entrar nos contornos da separação das funções do Estado Moderno. E que seja possível perceber que, desde então, essas funções vêm sofrendo releituras por decorrência das transformações e das exigências sociais, até que se possa notar a alteração fundamental sentida no âmbito do Poder Judiciário e as suas implicações como instrumentos de medida da democracia.

Nessa análise do construído histórico, percebe-se que com o advento do Estado-Providência ou Estado-Social, há uma mudança de rumos, principalmente quando é possível notar a existência de crise de eficácia do Poder Legislativo aliada à atuação mais célere do Poder Executivo, que se caracteriza, tanto no campo de atuação legislativa, quanto no campo de tomadas de medidas administrativas destinadas a atender aos anseios da sociedade, mais pela proatividade em face do legislativo.

Na análise de Clève (2000, p. 51), “com o Estado Social foram alargadas as funções exercidas pelo poder público. O Executivo assume boa parte das novas atividades recentemente conquistadas pelo Estado” e, ainda:

Nesse tipo de Estado, duas variáveis simultâneas manifestam-se. Em primeiro lugar, a função legislativa atua como jamais atuou. O número de leis aumenta consideravelmente. Por outro lado, o Estado age cada vez mais por meio de outros instrumentos que não a lei (CLÈVE, 2000, p. 51).

Essa percepção acerca do avanço das funções do Poder Executivo se constata na própria Teoria do Estado e Direito Constitucional e vem a ser sentida na Constituição Federal de 1988. Projeta-se um enorme avanço da função judicante estatal, e que permite indicar um tensionamento entre o ativismo jurisdicional, assim concebido como a conduta proativa do Estado Judiciário em tornar efetivas políticas públicas, e a democracia representativa do Estado Brasileiro.

É importante, para a construção de todo o discurso que segue, indicar um conceito do vamos tratar por ativismo judicial:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2010, p. 129).

Dado isso, adota-se o entendimento do exercício da função jurisdicional para além dos limites traçados pelo próprio ordenamento, que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário para fazer, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010).

O processo de giro da predominância de poderes, como o esvaziamento ou a inércia do processo legiferante pelo legislativo e o crescente aumento da função legiferante pelos demais poderes, em especial o Judiciário, assumindo o controle daquela função, o que se nota com clareza no cenário contemporâneo nacional, é uma das alterações fundamentais na dinâmica e no equilíbrio da fórmula da Separação dos Poderes.

Concomitante, o debate sobre o campo de atuação do Judiciário, o que se apresenta como a mais recente e importante discussão que precisa ser enfrentada, particularmente no que tange às políticas sociais públicas, porque, com uma atuação mais ampla e, por assim dizer, mais firme, nessa sua atividade de aferidor de validade ou não da vontade geral expressa na lei, parece ter aumentado de tal forma, que suas decisões passaram a adentrar o campo de funções típicas e precípua dos outros poderes clássicos, no caso, o Executivo e o Legislativo.



Boaventura de Souza Santos<sup>1</sup> (1986, p. 24) apontava para a necessária atividade jurisdicional como forma de, rompendo com a inércia típica da administração da justiça, colocar os juízes no centro do campo analítico para “desmentir [...] a justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes”.

Nessa linha, e também para boa parcela da doutrina, a qual será trazida nesta tese, a atuação restrita de controlador da conformidade do ordenamento infraconstitucional aos parâmetros da Constituição, em controle de constitucionalidade, de certa forma foi deixada de lado para que os Tribunais Superiores, em especial dentro do recorte que pretende este estudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), passassem ao campo da legislação positiva e do intervencionismo em questões afetas ao campo das opções políticas ligadas à escolha soberana dos cidadãos, ainda que feita dentro de uma democracia representativa, o controle conveniência e oportunidade.

Fazendo um recorte histórico, para contextualização do discurso, o processo de redemocratização no Brasil deu origem ao Estado Social Democrático de Direito delimitado pela Constituição Federal de 1988, trazendo em seu corpo normativo, já no artigo 1º, como fundamentos constitutivos, a pretensão da proteção da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no artigo 3º, os objetivos do Estado, buscando construir uma sociedade justa, livre e solidária, com o intuito da erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Postos esses primados do e no Estado Brasileiro, a verticalização da e na efetividade desses direitos fundamentais passa, necessariamente, pelas construções de políticas públicas capazes de atender às demandas sociais. Ou seja, no exercício de retirar esse dever prestacional do rol de deveres impostos ao Estado e trazer para o plano da efetividade e concretude de direitos dos cidadãos.

Esses direitos fundamentais reconhecidos como tal para a concretização de uma perseguida dignidade humana, como um patrimônio mínimo existencial, são

---

<sup>1</sup> A citação de Boaventura refere ao Professor naquela conformação temporal, afinal, a leitura pelo interprete precisa sempre ser efetuada ponderando exatamente que a construção da idéia do Autor reporta ao estado da arte em que produzida, como ensina Gadamer em Verdade e Método (2013), mesma percepção que trazia também o discurso de Atienza e Manero quando escrevem o “Dejemos atrás el positivismo jurídico” (2017) a referendar o pensamento de Boaventura naquele pensamento.

percebidos pelo constitucionalismo contemporâneo como direitos sociais e fracionados em direitos prestacionais e deveres abstencionais.

Os direitos prestacionais de conduta ativa são todos aqueles direitos em que o destinatário da norma tem, em tese, o dever da prestação e, portanto, tem alguma relevância econômica. Os direitos prestacionais de conduta negativa, daí deveres abstencionais, entende-se por aqueles em que o destinatário da norma tem o dever da abstenção e, assim, sem relevância econômica, também conhecidos como direitos de defesa dirigidos à conduta omissiva por parte do destinatário da norma.

Logo, a partir de um rol possivelmente identificável de deveres prestacionais impostos ao Estado, o que tem se percebido é que alguns desses direitos foram perfeitamente apropriados e se tornaram projeções protetivas efetivas a contar de políticas públicas, desde que identificados como tal.

No presente trabalho se trará, tão somente à título demonstrativo, uma série de construções e apropriações de direitos através, por exemplo, do reconhecimento da condição de hipossuficiência e da vulnerabilidade do consumidor e de todo um sistema legal e estatal de proteção aos consumidores nas suas relações, ou ainda, de outras políticas de proteção à saúde com programas públicos como o Sistema Único de Saúde (SUS), as políticas de Saúde da Família, Mais Médicos, Primeira Infância, Programas de Vacinação, Programa Vírus da Imunodeficiência Humana/Síndrome da Imunodeficiência Humana (HIV/AIDS), Programa de Transplante e o Tratamento contra o Vírus da Hepatite C. Se direcionarmos para o campo da Educação, várias também são as políticas públicas do Estado Brasileiro que podem ser apontadas, tais como as medidas implementadas ainda no Governo Fernando Henrique Cardoso, que reconheceram a autonomia universitária como cláusula constitucional e que aumentou a vinculação de percentuais mínimos dos orçamentos públicos destinados à educação, de 18% para a União e 25% para estados e municípios. Ainda, a concessão aos municípios de autonomia para organizar seus próprios sistemas de ensino, independentemente de supervisão dos estados ou da União.

Também é paradigmática a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), que fortaleceu a tendência à descentralização normativa, executiva e financeira do sistema educacional e repartiu a competência entre as instâncias do poder (federal, estadual e municipal), enfatizando a responsabilidade de estados e

municípios para com a universalização do ensino fundamental, que passou a ser responsabilidade de ambos.

Ou ainda, para pôr termo, os programas posteriores do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI)<sup>2</sup> e do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES)<sup>3</sup>.

Inobstante isso, e porque ganharam reconhecimento de direitos fundamentais de perspectiva constitucional, a efetividade desses direitos à saúde e à educação se tornaram presentes na casuística e na rotina acadêmica e forense porque, como já dizia Santos, se não houvesse essa interferência do Estado Judicante:

[...] uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores (SANTOS, 1986, p. 32).

Se por um lado é certo que a função de concretizar os direitos herdados do Estado Social coube ao Poder Executivo, é certo também que o Poder Judiciário passou a ganhar espaço e importância como fiscalizador dessa implementação de direitos. O que se nota nas últimas décadas, como agente positivo dessas políticas públicas, seja aferindo seu fiel cumprimento, seja contribuindo a essas prestações positivas por meio de decisões que tem obrigado o Estado a fornecer os meios necessários para a efetivação desses direitos. O que referiu Santos (1986) como o necessário abandono da neutralidade material e processual, na dimensão técnica, da justiça, de sua condição socialmente neutra.

Ocorre que nem sempre isso é possível de perceber de igual forma no que concerne a todas as demandas de direitos prestacionais impostos ao Estado como, por exemplo, com as políticas afetas à segurança pública. Os novos paradigmas em termos de políticas de segurança pública, que repartem atribuições a todos os agentes estatais, e não mais só aos estados federados, permitem que a vontade do gestor tenha relevância no processo, o que pode conduzir à omissão e, por decorrência, à proteção deficiente como resultado dessa opção de inércia política, voluntária ou não.

---

<sup>2</sup> (<http://reuni.mec.gov.br/o-que-e-o-reuni>)

<sup>3</sup> (<http://sisfiesportal.mec.gov.br/?pagina=fies>)

Dentro dessa linha de raciocínio, e somando ao que de muito já traz Santos (1986), a literatura remete que e quando se refere à proibição da proteção deficiente por parte do Estado, ou seja, uma espécie de garantismo positivo, em que a eventual omissão pode violar do dever prestacional fundamental, porque não há respostas estatais às necessidades de segurança a todos os direitos, inclusive, o prestacional de segurança pública.

Também não se pode perder de vista que a construção de políticas públicas, por sua vez, decorre de uma estrutura complexa que parte da identificação do problema de ordem social e coletivo, identificação de soluções possíveis, eleição da solução que será sujeita à política pública, implementação da política pública eleita e aferição dos resultados para, então, saber-se da efetividade da solução pretendida ou não, para anular o problema ou mitigar seus efeitos. Nessa equação, alguns fatores não podem ser descuidados os quais, não raras vezes, vêm negligenciados no ato jurisdicional e que podem ser derivados de vários fatores como alerta Santos:

[...] os sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre as suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica [...] (SANTOS, 1986, p. 26).

Como se demonstrará na construção do trabalho, o princípio da separação de poderes sofreu alterações desde sua origem na Revolução Francesa. Essas alterações nas funções estatais trazem para o centro da percepção a evolução do Poder Judiciário, o que se percebe a contar do alargamento de suas competências e também o aumento de suas funções e importância na comparação com a sua proposição originária.

No Brasil, após a Constituição de 1988, dois pontos tem sido relevantes na alteração da importância do Poder Judiciário, o que a doutrina adiante apontada chamou de neoprocessualismo, com o desenvolvimento de ferramentas processuais de controle de constitucionalidade e também através do que se nomina pelo neoconstitucionalismo que, diante das características de construção textual da Constituição, com amplitude semântica e indefinição de conceitos, permitem ao Poder

Judiciário adentrar em campo que outrora não lhe pertencia, através do que se convencionou chamar de ativismo judicial.

Aliás, o trabalho permitiu ver que esse processo de um reposicionamento das funções jurisdicionais não é um fato isolado ao modelo brasileiro. Outros exemplos alienígenas também se percebem como, por exemplo, os julgados do Tribunal Constitucional Alemão que, pontuados por Habermas, permitem trazer a crítica que o pensador alemão faz àquele sistema, também para o modelo brasileiro, principalmente em virtude do aumento da utilização destes critérios, em grande parte importados.

Não cuidará este trabalho de uma análise se essa importação do modelo constitucional estrangeiro se faz de forma correta ou não, às avessas. Esse é um fato, no nosso sentir, dado e que, diante disso e sobre isso é que repousa a pesquisa.

Dentro desta abordagem, o presente estudo busca apontar as implicações desta nova forma de atuação do Poder Judiciário denominada de ativismo judicial em face da democracia, analisando os principais pontos de tensão e críticas surgidas de seu confronto.

Esta pesquisa não aborda os custos do direito ou do quanto isso impacta na efetividade dos direitos sociais e fundamentais como prestações estatais. Muito e mais apropriadamente já se tratou desses tópicos, inclusive sobre esse argumento como elemento integrante da reserva do possível. A abordagem, aqui, transcende e encara outra problematização e, por isso, o enfrentamento desses tópicos será tão somente para a construção do discurso.

Também é importante deixar desde já pontuado que o trabalho que se constrói é sobre ativismo judicial, e não propriamente sobre segurança pública, mas que se utilizará do tema e justamente a contar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apontada para discutir o ativismo judicial. Esta tese, por isso, tem como eixo de suas discussões o ativismo jurisdicional e, para tanto, se debruça na análise de um caso pontual acerca das políticas públicas para, a contar de então, desenvolver as convicções postas.

Assim que, se contemporaneamente são percebidas novas funções para a atividade estatal judicante, que se legitimam através do Texto de 1988, que apresenta amplitude semântica e ferramentais constitucionais de controle de

constitucionalidade, se por outro lado se percebe que ao Estado são exigidas políticas públicas de efetividade de direitos fundamentais, e admitindo como o estado da arte essa atividade jurisdicional, o problema que se recorta para a pesquisa é no sentido de entender em que medida pode-se esperar uma atividade jurisdicional para tornar efetiva uma política pública.

A hipótese que se pretende confirmar é, para além da discussão sobre a deleteriedade ou não do ativismo, apontar que a proatividade jurisdicional encontra conformação no próprio Texto, tanto no campo material através do neoconstitucionalismo quanto no campo processual através do neoprocessualismo e que quando reconhece um estado de coisa inconstitucional, justificada está a sua atividade de guardião da Constituição dando efetividade no plano vertical para as políticas públicas para tornar concretos direitos fundamentais.

Para a confirmação dessa hipótese, a metodologia de pesquisa será qualitativa e, desde as premissas introdutórias, a investigação projetada passou por abordagem qualitativa, pois é a que se apresentou como a que melhor pode servir os interesses da investigação. A análise documental, deverá ser utilizada como forma de recolha de dados doutrinários.

Nesse campo de pesquisa documental, nos capítulos seguintes se produzirá o necessário debate de idéias antagônicas, de um lado, a leitura conservadora que defende uma postura restritiva da função jurisdicional, fundamentada nos preceitos clássicos da democracia e da divisão estanque das funções estatais como sua condição e, de outro lado, da posição que vislumbra nesta atual conformação do poder judiciário um fortalecimento da democracia sob o viés de um constitucionalismo mais adequado e responsivo à realidade atual.

A base teórica que será trazida para a construção do trabalho se orienta pelos apontamentos efetuados Elival da Silva Ramos, Conrado Hübner Mendes, Jürgen Habermas, John Hart Ely, e outros autores do constitucionalismo nacional e estrangeiro.

A obra do Professor Elival permite formar o conhecimento necessário para a construção do trabalho sobre o próprio conceito do Ativismo, sobre a evolução do sistema de Constitucionalidade no plano procedimental e, juntamente com o trabalho

de Eduardo Cambi faz possível entender essas duas escolas do constitucionalismo contemporâneo que são o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo.

Habermas, por sua vez, produz importante contribuição para este trabalho sobre os motivos de se falar em critérios decisórios pré-estabelecidos quando cita, por exemplo, que um tribunal constitucional deve assegurar a “autodeterminação deliberativa da elaboração do direito” e que esse agir, essa postura, é importante fator de contenção à atuação jurisdicional, sobre a utilização de critérios de sopesamento de valores no âmbito de suas decisões.

Posição que vem ser referendada no constitucionalismo brasileiro pelos Professores Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes, pelo Ministro Barroso do STF, dentre outros que vem para a construção do trabalho.

Permanecendo ainda no apontamento introdutório sobre a base ou fundamento teórico que permitem a construção do trabalho, como contraponto a visão mais restritiva sobre atuação judicial como, por exemplo, Bruce Ackerman que, ao enfrentar questões que outrora era afetas unicamente ao debate político-legislativo, o Poder Judiciário parece suprir uma lacuna de representatividade existente nos períodos de política normal, em que não há participação dos cidadãos no debate parlamentar, o que se exemplifica, neste trabalho, a contar de julgamentos da pauta social que demandariam um debate no Parlamento, e não na Corte, como é o caso da pauta da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, a união homoafetiva, dentre outros que vem à título exemplificativo no trabalho.

Com base nestas premissas teóricas formuladas por estes pensadores em comento bem como pelos estudos de eminentes autores nacionais como Rubens Beçak, Elival da Silva Ramos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dentre outros, teremos o material necessário ao enfrentamento da questão.

E é importante que se perceba que não se busca neste trabalho enfrentar a conveniência do conteúdo material desta nova atuação da função judicial, mas sim, percebendo que esse é um fato e com base nestes pontos, trazer a análise das críticas necessárias, bem como, a leitura de propostas para o equilíbrio desta nova realidade com os postulados democráticos, para uma análise para além da crítica, critica esta que vem muito bem pontuada pela importância da obra de Lenio Streck.

A escolha dessa linha da pesquisa, e sua identificação desde já, é necessária para que pontue que é preciso um olhar crítico necessário e ao mesmo tempo construtivo, e não meramente reativo a esta nova realidade.

Ainda dentro do campo da metodologia da pesquisa documental, conjuntamente com a doutrinária, a pesquisa do campo jurisprudencial se fez necessária até para legitimar a hipótese a ser construída no trabalho.

Como destaca Santos (1986, p. 32), “a interpretação inovadora do direito substantivo passa pelo aumento dos poderes dos juízes na condução do processo”, ao que condicionou para tanto a:

[...] reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados sem a qual ampliação dos poderes do juiz propostas em muitas das reformas aqui referidas carecerá de sentido e poderá eventualmente ser contraproducente para a democratização da administração da justiça que se pretende. As novas gerações de juízes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos e políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular. [...] É necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida (SANTOS, 1986, p. 32).

Pois bem, e diante disso, optou-se na construção da pesquisa jurisprudencial pelas decisões passadas pela Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF). E essa escolha, como dito no trabalho, tem dois motivos: primeiro é que o legislador constitucional confiou ao STF a guarda final da Constituição e, segundo, porque o Brasil é um país de dimensões continentais com multiformação cultural e que em cada canto há um posicionamento diferenciado sobre a interpretação difusa do Texto e que culmina na Corte dizer sobre a Constituição.

Estabelecido o local da pesquisa no STF, temporalmente a pesquisa parte do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9 (ADPF 45-9). E, como se explica em momento próprio do trabalho, esse processo é considerado um *leading case* sobre o estudo dos limites do controle jurisdicional sobre as políticas econômicas e de gestão do Estado e a função de controle do Judiciário, representado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição mas que, mesmo assim, deixou em aberto o poder-dever do STF em guardar o Texto o que vem ser limitado no julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito



Fundamental 347 quando a Corte, pela primeira vez, seguindo o modelo posto pela Corte Venezuelana, reconheceu o Estado de Coisa Inconstitucional como, desse reconhecimento, estabelecer uma condição ao seu próprio agir: a autocontenção.

## **CAPÍTULO I – Políticas Públicas**

Política pública, para estabelecimento prévio de uma semântica a respeito, é a forma através da qual o Estado implementa o seu plano de gestão, mediante programas de ações específicas, em face de determinados fragmentos sociais e em atenção a determinadas demandas. Por aí, é permitido dizer que é um conjunto de medidas de implementação e de manutenção de deveres Estatais, principalmente daqueles direitos prestacionais a que está obrigado e envolve tomada de decisões, que coordena o agir de diversos agentes sociais, inclusive o próprio Estado para o fim de concretização de deveres prestacionais e resolução de demandas específicas. Nessa lógica, as políticas públicas sociais são as de ação que determinam dado grau e padrão de proteção social a ser implementando pelo Estado, que objetivam atingir os princípios fundantes da própria sociedade e que precisam ser implementados pelo Estado.

Desde já é importante dizer que, como já dito na introdução, o presente trabalho é sobre o ativismo judicial.

A razão de falar-se sobre as políticas públicas é porque elas, ou melhor, a efetividade delas, são o fim do ativismo e em razão disso é que se utilizará do tema e justamente a contar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apontada para discutir o ativismo judicial, para desenvolver as convicções postas, justificando-se, dessa forma, o trânsito neste capítulo sobre diversas políticas públicas afetas à saúde, educação e, inclusive, segurança pública sem, contudo, adentrar ou verticalizar sobre qualquer uma delas, muito embora a ADFP 347 verse sobre política em segurança pública ou, ainda, sequer adentrar para um bibliografia específica sobre as mesmas.

### **1. POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: RAZÃO E ORIGEM**

Diante dos prévios aportes introdutórios deste capítulo, se vê, como de interesse ao trabalho proposto, adotar uma ideia comum de que as políticas públicas

possam ser reduzidas funcionalmente, através dos direitos as quais pretendem concretizar, como mecanismos ou instrumentos adotados pelo Estado para enfrentamento e solução de um determinado problema social. Daí, faz-se importante, também, considerar que sua finalidade é atingir a resolução dos problemas de ordem social, econômica, infraestrutura, dentre tantas demandas em face do Estado, tidos como deveres fundamentais em relação àquele.

O objetivo é garantir o acesso aos direitos fundamentais, o que permite recortar para indicar que as políticas públicas sociais são gestadas pelo e para o Estado para que ele implemente garantias de acesso aos direitos fundamentais. É, pois, a verticalização para a concretude de uma política ideária. Sai da ideia (do plano) para a realidade, o que se conhece pela verticalização dos direitos fundamentais comumente difundida na doutrina adiante apontada.

Mas, se políticas públicas sociais são os instrumentos para a solução de um determinado problema social, é necessário entender quando e de que forma uma situação é assimilada pelos agentes sociais como, de fato, um problema público e que demanda, por isso, uma política pública ao seu enfrentamento. É necessário entender que a conquista de uma determinada política social pública passa pela definição de uma agenda, de uma pauta política, da identificação de formas de resolução do problema social, de adoção da medida necessária, da implementação da política e da verificação e, ao final, dos resultados da política adotada.

Por exemplo, seguindo a adoção do pensamento acadêmico jurídico, da decidibilidade a partir de um problema identificado, a questão pontual da falta de médicos para atender comunidades carentes. Ou seja, há um problema social grave que é a desatenção à prestação de saúde pública. Estabelece-se a pauta política para o enfrentamento do problema e, das alternativas possíveis, adota-se a medida necessária através do programa Mais Médicos. Foi implementada a política pública de celebração de convênios diversos e a importação da mão de obra estrangeira para o fim perseguido. Passado um prazo pré-determinado, foram aferidos os resultados obtidos com a política pública implementada. No caso concreto, passados dois anos, os resultados obtidos são condizentes com a finalidade pretendida na medida (<http://maismedicos.gov.br/resultados-para-o-pais>).

Considera-se que o problema é público quando atinge determinado estrato social. Nesse sentido, Rezende e Biffi indicam:

Para um problema ser considerado “público”, este deve ter implicações para uma quantidade ou qualidade notável de pessoas. Em síntese, um problema só se torna público quando os atores políticos intersubjetivos o consideram problema (situação inadequada) e público (relevante para a coletividade). Nesse diapasão, a situação pública que passa a percebida de maneira insatisfatória por muitos atores relevantes na sociedade é considerada como problema público, ou pelo menos, de relevância pública e por isso demanda atenção (REZENDE; BIFFI, 2015, s/p).

Logo, se há uma situação que atinja determinado segmento social, com um considerável número de agentes envolvidos, e que demande uma política Estatal para resolver a externalidade que essa situação ocasiona, ou ao menos reduza as consequências, a ação que se espera do Estado é que indique formas possíveis de resolução do problema, tendo como premissa que cumpre atentar às viabilidades das alternativas possíveis e estabelecer os objetivos pretendidos. Segundo Rezende e Biffi (2015, s/p), "a definição das alternativas é o instrumento supremo de poder, porque a definição de alternativas é a escolha dos conflitos, e a escolha dos conflitos aloca poder".

Porém, é na definição das alternativas que o agir político, e não o jurídico, pauta tanto as escolhas das alternativas, quanto a sua possibilidade de implementação, pois é na pauta política que serão indicadas, inclusive, as fontes de custeio da alternativa eleita através da proposta orçamentária específica. E parece que aqui há um vício no ato decisório que será enfrentado adiante, qual seja, na ausência de definição de custeio no ato decisório jurisdicional quando determina a implementação de uma determinada política pública. Mas esse enfrentamento terá local apropriado na presente pesquisa.

Após eleita a política pública como forma de alternativa a tornar concreto um direito social, agentes públicos executores e fiscalizadores têm o encargo de, primeiramente, implementá-la e, por final, fiscalizar sua execução para, ao fim, avaliar se a política executada regularmente atingiu o fim pretendido, para que diga sobre sua eficácia, sua necessidade e sua conveniência de manutenção. É como o exemplo acima da política pública dos Programa Mais Médicos.

Como se percebe, o agir do Estado estará restrito à resolução do problema identificado como a causa da política pública, ou seja, “o problema é exclusivamente aquele que foi determinado pela necessidade da população” (REZENDE; BIFFI, 2015, s/p). Em uma análise jurídica, a pauta vai além, e adota o entendimento de que é necessário a garantia dos direitos, independente da necessidade da população sobre aqueles direitos. Naquela, a premissa é a necessidade, e nesta o estar à disposição como prestação, independente da necessidade.

Daí se percebe o motivo pelo qual o STF, pelos Ministros Marco Aurélio, Barroso e Fachin, adota três posições acerca da tutela ao direito social de medicamentos e que são, senão contraditórios, colidentes entre si. Mas esse debate também terá momento oportuno. Por enquanto, Rezende e Biffi referem que:

[...] é importante reconhecer que a principal mudança na prática e no dia-dia da população quanto a essa transformação sobre o enfoque das políticas públicas será percebido ao longo do tempo, quando for possível identificar os efeitos dessa política nas gerações que lhe foram submetidas. Entretanto, mas pontualmente, em sentido estrito, o fato de se formular uma política pública sob o prisma dos direitos humanos e não puramente das necessidades legitima o cidadão a cobrar seu cumprimento efetivo, seja via manifestações públicas seja, e principalmente, através do Judiciário (REZENDE; BIFFI, 2015, s/p).

Posição a qual vem propor o entendimento da relação entre a eficácia das políticas sociais, que conduz à efetivação dos direitos sociais através de um sistema político e jurídico de proteção ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa, além do campo de debate acerca dos interesses tensionados.

## 2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS NO BRASIL – BREVE ANÁLISE DESDE 1988

A Ciência Jurídica, como ciência social, é fruto do processo de interação social e, o Direito é o seu objeto de conhecimento. O Direito, dessa premissa introdutória, como já referiu Bourdieu (2007), exerce um poder simbólico e tem como função ser instrumento de controle do comportamento dos indivíduos de uma sociedade, com o propósito de manter uma determinada ordem e estrutura social, uma rede de relações entre todos os agentes sociais.

Entretanto, a Ciência Jurídica tem um problema central que é a chamada decidibilidade, o que se pontua para o problema da eficácia das políticas públicas para implementação e/ou garantia de direitos sociais, o que será adiante trazido à pauta. Ainda que por enquanto se esteja restrito à análise pontual das políticas públicas, particularmente das políticas públicas sociais, entende-se necessário para a construção do entendimento, adotar uma análise evolutiva histórica, o que vai justificar a atual Constituição Federal.

Até porque, como se verá mais adiante, as políticas públicas são alternáveis segundo as demandas sociais de cada momento da evolução da própria sociedade e os seus primados, inclusive, são alteráveis ao longo da própria evolução social. Não há, temporalmente, estanqueidade. Vejam: a contar da década de 1990, para fazer contingenciamento temporal, é possível perceber a reestruturação indicada pela Constituição Federal de 1988, para todo o sistema de políticas sociais. Segundo Draibe:

A Constituição de 1988 consagrou os novos princípios de reestruturação do sistema de políticas sociais, segundo as orientações valorativas então hegemônicas: o direito social como fundamento da política; o comprometimento do Estado com o sistema, projetando um acentuado grau de provisão estatal pública e o papel complementar do setor privado; a concepção da seguridade social (e não de seguro) como forma mais abrangente de proteção e, no plano organizacional, a descentralização e a participação social como diretrizes do reordenamento institucional do sistema (DRAIBE, 2003, p. 69).

É possível perceber que, no Brasil, a desigualdade socioeconômica pouco se alterou na evolução histórica, independente se no macro cenário havia crescimento econômico ou não, ou seja, o crescimento da economia nacional pouco contribuiu para a redução das desigualdades sociais, e o Estado, principalmente nos últimos anos, meramente distribuiu migalhas em termos de políticas sociais conducentes à autonomia do cidadão. O discurso do Estado de bem-estar social (Welfare State), com a produção em massa, gerando emprego e renda, que redundaria no consumo também em massa, girando o ciclo, é contemporâneo ao processo de redemocratização do Brasil, havido entre a segunda metade da década de 1980 e a primeira metade da década de 1990, o que vem ser contaminado por todo um processo alienígena de repersonificação do Direito, ou sua despatriomonalização.

Em algum momento, é possível até pensar que o sistema de políticas públicas sociais no Brasil, talvez, seja uma espécie de “acerto de contas” necessário à redemocratização, o que seria possível conceber se houvesse tal ocorrido só no cenário nacional, ou seja, a distribuição de benefícios sociais que surge ao início do Governo Fernando Henrique Cardoso e continua nos governos Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, é insuficiente a conduzir uma sociedade à edificação do que é cidadania.

Aliás, é célebre a frase de Mujica ao fazer essa análise acerca da social democracia brasileira nesse período: “Transformamos pobres em consumidores e não em cidadãos” (BBC NEWS BRASIL, 2018).

Independente disso, que é irrelevante ao cerne da pesquisa, a premissa introdutória de implantação de políticas sociais surge no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso. Por Draibe:

A política social proposta pelo governo FHC foi definida de modo ambicioso e apresentada sob uma armação complexa. Mais que nos registros do programa eleitoral Mãos à obra de 1994 (cf. PSDB, 1994), seus princípios, objetivos e prioridades foram dados a público em março de 1996, em documento intitulado Uma estratégia de desenvolvimento social (cf. Brasil, Presidência da República, 1996). Exprimindo opiniões e propostas decantadas há catorze meses de iniciado o governo, ali se apresenta um denso e sofisticado programa social, definido nos termos mais gerais de um sistema nacional de proteção social e referido, de modo explícito e nada ingênuo, às principais questões que já polarizavam, na época, o debate e, diga-se de passagem, a forte crítica sobre a natureza e os limites da política social do governo (DRAIBE, 2003, p. 72).

Como a análise dos fatos, a contar da percepção histórica, induz à uma melhor compreensão dos resultados, Pereira pontua:

A política social por não ser só uma forma de regulação, mas um processo dinâmico resultante da relação conflituosa entre interesses contrários, predominantemente de classes, tem se colocado, como mostra a história, a serviço de quem maior domínio exercer sobre ela. É por isso que – vale insistir – dependendo dos regimes políticos prevaletentes, da organização das classes dominadas e dos paradigmas teóricos em vigência, a política social pode representar ganhos para os dominados e, ao mesmo tempo, constituir para estes um meio de fortalecimento de poder político (PEREIRA, 2011, p. 86).

É possível perceber que o Governo Fernando Henrique Cardoso recebeu de seu antecessor uma grave crise econômica, com inflação elevada, altos índices de desigualdade social, o que impôs que fossem indicados planos de governo que possibilitassem promover uma maior integração entre as várias políticas de gestão, porque naquele momento se entendia que era preciso implementar políticas que atingissem indiretamente os cidadãos brasileiros, como a organização econômica do país, ou seja, uma reforma de Estado que teria como foco as questões administrativa, fiscal e previdenciária. A propósito, Medeiros:

O Estado brasileiro utiliza, ao menos até a década de 1990, as políticas sociais como um instrumento de legitimação da ordem política e social e fornecimento de mão-de-obra assalariada à indústria (MEDEIROS, 2001, p. 21).

Incitava, também, dar atenção aos serviços básicos como educação, saúde e previdência. E muito pouco, nessa oportunidade, pensava-se ou se debatia políticas públicas de segurança pública, que interessavam mais à pauta policial do que à política.

Ainda, diante dos objetivos do então governo, o qual se propunha a executar programas de curto prazo, uma vez que o país vivia numa situação de pobreza de grande elevação, o que motivou atender, prioritariamente, a programas como a melhoria da educação, a redução da mortalidade infantil, a renda mínima para idosos e deficientes de baixa renda, a erradicação do trabalho infantil, dentre outros. Segundo Draibe:

O campo da proposta é delimitado: a política social tratada no documento é a que se destina a garantir o direito social, a promover a igualdade de oportunidades e proteger os grupos vulneráveis. Não abrange, portanto, os outros programas públicos sociais ou de impacto social, restringindo-se aos voltados “mais diretamente” para políticas de bem-estar e promoção social que são – seguindo a tradição internacional – as áreas de educação, saúde e nutrição, previdência social e seguro-desemprego, trabalho, habitação e saneamento (idem, p. 5). A inspiração, afirma-se, é social-democrata e o horizonte, mais que o Estado, é o de uma sociedade de bem-estar, para a qual se pretende caminhar, plano onde se articulam os objetivos da política social e da consolidação democrática (DRAIBE, 2003, p. 10).



Percebe-se que os planos de recuperação do Estado do então governo eram a descentralização dos serviços ofertados, passando aos estados e municípios a responsabilidade e, assim, o desenvolvimento das políticas sociais, caracterizando o chamado “Estado Federal Mínimo”, com a atuação mínima nas questões de cunho social. Ainda, diante desse cenário, o governo reforçou o papel do terceiro setor no desenvolvimento de ações pontuais, para suprimir as necessidades que eram de tamanha gravidade no país.

Essa é a essência do discurso neoliberal, por alguns apontado como sendo a socialdemocracia, e que tem como eixo central a estabilidade econômica e a redução das funções do estado. Basta ver, nesse sentido, o que enfatiza Cruz:

O orçamento da seguridade social é o principal alvo na estratégia do Estado para reforçar o ajuste fiscal, implementado desde os anos 1990, no Brasil, notadamente no primeiro governo FHC, com uma política tributária regressiva que deu sustentação ao Plano Real. Em 1998, foi firmado acordo com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e estipulada a meta do Superávit Primário com a crescente receita da seguridade social, através do aumento da carga tributária, que não se fez acompanhar das despesas. Dessa forma, há uma participação significativa da seguridade social na produção de superávit primário, através das desvinculações constitucionais, além da parcela dessas contribuições ficarem retidas na Conta única do Tesouro Nacional, em desrespeito à constituição federal de 1988, confirmando-a como um importante instrumento dos ajustes das contas públicas (CRUZ, 2009, p. 7).

Passado o Governo Fernando Henrique Cardoso, assume a gestão do Estado o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, recebendo o país num momento em que as políticas sociais viviam momentos de profunda retração. A privatização era uma realidade no contexto, resultando no enxugamento da máquina pública, conforme relembra Krischke:

A eleição de Luiz Inácio Lula da Silva para a Presidência do Brasil suscitou, entre os eleitores brasileiros e observadores do mundo inteiro, muitas expectativas no sentido da justiça social e da redistribuição da renda. No campo internacional (e talvez também em parte dos seus eleitores brasileiros) a campanha presidencial de Lula parecia prometer (ou ameaçar) um ressurgimento do populismo - como nas experiências do passado, do “modelo Vargas/Goulart”, com seu redistributivismo irresponsável e nacionalismo xenofóbico. Tanto assim que os dados macroeconômicos, durante como logo após a campanha de Lula, evidenciavam as pressões internacionais, o nervosismo do mercado e o iminente retorno da inflação (KRISCHKE, 2018, p. 3).

No início do Governo Luiz Inácio Lula da Silva foi possível perceber uma indicação de projeto nacional de reconstrução pela conciliação através de justiça social, o que se pretendia ser possível por projetos de desenvolvimento pessoal, familiar, social, cultural e ambiental. Conforme Krischke (2003, p. 3), “o novo governo tem mantido (e aperfeiçoado) o equilíbrio macroeconômico nas contas externas e internas do país, a ponto de receber apoios do FMI e credores estrangeiros”.

Talvez o grande mérito do Governo Luiz Inácio Lula da Silva tenha sido manter o equilíbrio macroeconômico, porém, se esse êxito é fruto do cenário internacional ou não, é análise que por ora se furta para não fugir ao propósito da construção do discurso.

Outra afirmação de Krischke (2003) é a de que, no primeiro ano do Governo Luiz Inácio Lula da Silva foram mantidas as políticas sociais desenvolvidas no governo anterior, pois a dedicação da reparação estatal estava centrada, prioritariamente, nas reformas tributária e previdenciária. Logo, é possível perceber que naquele momento de transição foram mantidas as políticas sociais implantadas e, concomitante e gradativamente, começaram a ser implantadas as políticas do novo governo.

O novo governo tinha como objetivo maior romper com a desigualdade social até então implantada no país, o que se tornou possível ante o grande ingresso de recurso do estrangeiro pelo elevado preço das commodities no cenário internacional, favorecendo a balança comercial brasileira, trazendo como fruto o implemento de várias políticas públicas de Estado, desde habitação, incremento do Bolsa Família, acesso a universidades através do Programa Universidade para Todos (PROUNI), FIES, dentre outros.

Essas políticas públicas sociais tinham como objetivo final atender às carências, promover cidadania, primado da Constituição Federal, o que se manteve possível na gestão do Estado enquanto o processo econômico interno e externo foi propício. Essa pretensa estabilidade no cenário econômico se manteve até a segunda metade do primeiro Governo Dilma Rousseff quando, então, a economia começou a demonstrar sinais de desequilíbrio nas contas públicas, o

que culminou com o impedimento, e o cenário brasileiro se modifica radicalmente.

Destaca-se a percepção de que as políticas sociais sofrem duro revés, o que se evidencia na conhecida carta “Uma ponte para o futuro”:

As despesas públicas primárias, ou não financeiras, têm crescido sistematicamente acima do crescimento do PIB, a partir da Constituição de 1988. Em parte, estes aumentos se devem a novos encargos atribuídos ao Estado pela Constituição, muitos deles positivos e virtuosos, na área da saúde, da educação e na assistência social. Nestes casos, o aumento das despesas públicas foi uma escolha política correta e que melhorou nossa sociedade. Mas esta mesma Constituição e legislações posteriores criaram dispositivos que tornaram muito difícil a administração do orçamento e isto contribuiu para a desastrosa situação em que hoje vivemos. Foram criadas despesas obrigatórias que têm que ser feitas mesmo nas situações de grande desequilíbrio entre receitas e despesas, e, ao mesmo tempo, indexaram-se rendas e benefícios de vários segmentos, o que tornou impossíveis ações de ajuste, quando necessários. Durante certo tempo houve espaço para a expansão da carga tributária e evitaram-se grandes déficits. Como também houve um certo crescimento econômico que permitiu aumento das receitas fiscais. O crescimento automático das despesas não pode continuar entronizado na lei e na Constituição, sem o que o desequilíbrio fiscal se tornará o modo padrão de funcionamento do Estado brasileiro (FUNDAÇÃO ULISSES GUIMARÃES, 2015).

O que leva para dentro da pauta política a discussão acerca da Carta Constitucional de 1988, dos direitos fundamentais sociais e, principalmente, acerca das políticas sociais de sua implementação. É que, como consequência natural da concessão pelo Estado de políticas públicas inclusivas e a crise econômica noticiada e instalada no Brasil desde o final do primeiro mandato do Governo Dilma Rousseff e Governo Michel Temer, foi parar dentro da função estatal jurisdicional exatamente esse tensionamento das pretensões. Assim, é possível perceber, de um lado, a pauta que defende as conquistas sociais que foram sendo registradas na agenda política a partir da então Constituição de 1988 e, de outro, o discurso de que o desenvolvimento econômico não permite a efetividade dessas políticas, trazendo à pauta a expressão típica do liberalismo inglês: "There is no free lunch".<sup>4</sup>

Percebia-se que o Estado agia de forma deficiente na proteção e na concretude das medidas para políticas públicas de eficácia vertical de direitos sociais, e que, gradativamente, esse conflito de interesses precisaria ser solvido. Havendo o conflito

---

<sup>4</sup> Tradução Livre: Não existe almoço grátis ou não existe essa coisa de almoço de graça.

nas pretensões, o campo para a discussão da resolução do conflito desses interesses foi para dentro do Estado Judicante.

Mas, é importante não perder de vista que essa função jurisdicional pressupõe um problema central da ciência jurídica que é a chamada decidibilidade do e no ato jurisdicional, que precisará ser subordinado ao Poder Simbólico do Direito, que é de reger a vida social e dos seus agentes. Essa pauta, por conta do tensionamento na, digamos, legitimidade, evidentemente passou a irritar as estruturas do Estado, e porque não dizer, a própria vida em sociedade.

Os princípios e os compromissos assumidos por meio da Constituição Federal de 1988, onde o Estado brasileiro passou a ser comprometido com a prestação de políticas públicas de bem-estar social, com o fim de erradicar a pobreza e construir uma sociedade mais justa e igualitária, conduz à subordinação do modelo de gestão, às críticas não só ao modelo, mas também à seleção adotada. Um exemplo pontual disso são as políticas públicas na pauta educacional, no cotejo dos investimentos efetuados em educação no Brasil<sup>5</sup> e os resultados do processo educacional<sup>6</sup>. Ou seja, é possível dizer que se investiu muito e que o resultado da política do programa “Pátria Educadora” foi pífio em comparação a outros países.

Portanto, aquele exercício da identificação do problema social e da escolha de uma política pública para mitigar as suas externalidades indica não ter sido a medida correta à solução pretendida. Inobstante isso, como política social, sua intenção inclusiva gerou expectativa de efetivo implemento dos princípios básicos do Estado Brasileiro, através da erradicação da pobreza, da diminuição das desigualdades sociais, ou seja, o cidadão passou a ver a possibilidade de efetivamente ser cidadão. Ainda que através do consumo inconsciente e irresponsável de aderir a financiamentos estudantis, a nível superior, sem que isso tenha, de fato, transformado a realidade social dessas pessoas.

É necessário ter presente que esse processo de libertação e transformação do indivíduo na sociedade passa por um processo político de apropriação e de conquista.

---

<sup>5</sup> Disponível em:

<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/617267/CesefEducacao9jul18/4af4a6db-8ec6-4cb5-8401-7c6f0abf6340>.

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.abe1924.org.br/56-home/257-brasil-fica-em-penultimo-lugar-em-ranking-global-de-qualidade-de-educacao>.

Não de concessão. Dessa forma, entende-se que as políticas sociais devem ser voltadas a processos de cidadania, pois aquelas propõem sua conceituação e sua localização dentro do sistema democrático como instrumentárias à garantia e à ampliação dos direitos fundamentais.

Afirmar a origem pública da política social significa impor a participação de todo o grupo social na construção do espaço destinado ao convívio harmônico de todos, conectando as ações do Estado e da sociedade após os inevitáveis conflitos de legitimação de interesses na construção do bem-estar. A participação democrática, principalmente de legitimação, impõe-se, uma vez que a demanda por aquisição de direitos engloba decisões individuais, coletivas, corporativas e partidárias na formação da política pública onde necessariamente residirá a disputa de interesses na formulação de qualquer opção política.

Logo, a construção do Estado Democrático Social de Direito resulta na formulação e na elaboração de políticas públicas que possam garantir o mínimo existencial de direitos ditos fundamentais através da acessibilidade, da disponibilidade, da aceitabilidade e da adaptabilidade, consonante assim com um sistema jurídico de proteção efetiva desses direitos fundamentais, em especial os direitos sociais.

A política pública no Brasil, só recentemente, passa a ser entendida como área de conhecimento e de disciplina acadêmica dentro do estudo da Ciência Política, dando atenção à análise das estruturas e das instituições do Estado gestor das daquelas, e aos processos de negociação em políticas setoriais pontuais. Essa proposta permite estabelecer diálogo entre os cientistas sociais e os agentes sociais onde seria, em tese, possível que se enquadre o comportamento desses interlocutores, modelando seu agir em prol dos resultados sociais projetados.

Mas não dá para esquecer de outros elementos necessários à formulação das políticas públicas, tais como, identificar o papel das eleições, das burocracias, dos partidos e dos grupos de interesse, permitindo concluir que política pública é um sistema de interlocução que sofre várias influências dos grupos e elementos, que impõem uma relação entre a sua formulação, os seus resultados e o próprio ambiente onde essa relação se trava.

Rezende e Biffi indicam a inconstância da definição acerca do que seriam

políticas públicas:

Easton (1965) contribuiu para a área ao definir a política pública como um sistema, ou seja, como uma relação entre formulação, resultados e o ambiente. Segundo Easton, políticas públicas recebem inputs dos partidos, da mídia e dos grupos de interesse, que influenciam seus resultados e efeitos. Além deles, mais recentemente é possível encontrar alguns outros grandes renomes do mundo acadêmico definindo o que seriam as Políticas Públicas: Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como o que o governo escolhe fazer ou não fazer (REZENDE; BIFFI, 2015, s/p).

O importante é identificar política pública como o mecanismo utilizado pelo Estado para solucionar um problema social, como um instrumento estatal apto a solucionar um problema público e que precisa ponderar elementos de interferência, tais como, problemas econômicos, sociais, ambientais, culturais, dentre outros. Isso conduz à conclusão de que as políticas públicas devem ser constituídas em conformidade com os papéis e funções de um Estado Social Democrático de Direito. É preciso observar um processo de construção, validação e ponderação da sua eficácia e que é fruto da agenda política, porque lá está, em tese, a legitimidade da representação popular, que é capaz de identificar se a situação é inadequada e pública e que, por isso, precisa ser corrigida pela política pública.

Por isso, estabelecer relação entre a eficácia das políticas públicas e os direitos sociais conduz, como já dito, a todo um sistema jurídico que projete proteger o mínimo social existencial, papel do processo político e que, adiante, terá espaço para o debate acerca do tensionamento entre esse agir estatal através do ativismo e o conflito com os preceitos da democracia. Por ora, agudizando o problema para a pauta da segurança pública, mostra-se necessário estabelecer uma leitura acerca das políticas em termos de segurança pública no Brasil.

## **CAPÍTULO II – A SEGURANÇA ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA**

Retomando que o presente trabalho tem como objeto de discussão o ativismo judicial, e não propriamente sobre segurança pública, é importante que se estabeleça, como se propõe no presente capítulo, uma análise um pouco mais detida acerca das políticas afetas à segurança pública justamente porque se utiliza do tema a contar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apontada para discutir o ativismo judicial.

Em razão disso é que na construção deste texto, se faz necessário agudizar para as políticas afetas à segurança pública, também fazendo uma análise histórica e verificando a necessária mudança das políticas afetas ante a própria mudança das geografias urbanas e rurais e as alterações nas figuras criminais com o passar dos anos.

Tão logo na sequência, mas ainda dentro deste tópico, o presente capítulo propõe compreender a prestação das políticas de segurança pública pelo Estado e o discurso da reserva do possível e a consequente proteção deficiente oportunizada.

Entendemos por necessária essa construção, partindo dessa perspectiva, porque é obrigação do novo Estado de dar resposta às necessidades de segurança de todos os direitos, e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, sendo possível identificar novos paradigmas para as políticas em segurança pública diferentes da dicotomia polícia-cárcere.

### **1. A SEGURANÇA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS – A VERTICALIZAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL**

Segundo a Constituição Federal de 1988, na literalidade do seu artigo 6º, reconhece a segurança como um direito social, conforme segue:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

E por não ser evento de concessão, mas sim processo de conquista, é resultante de um construído histórico, que antecede, por evidente, o próprio texto político. Em uma análise contemporânea, é possível perceber que os efeitos da globalização têm oportunizado alterações em todas as estruturas estatais, redefinindo funções, particularmente, enquanto organismos políticos de governança.

Ao fazer um recorte para a segurança pública e a função estatal afeta, o que se tem notado dos discursos, principalmente os neoliberais, é inversamente oposto aos planos econômico e social, onde se defende o Estado Mínimo. Para o tema segurança pública, esse discurso é diametralmente oposto, e se apregoa como, talvez, a única função essencial do Estado moderno. Existe uma exigência de aplicação dos instrumentos e ferramentas de controle da sociedade pelo Estado. Aquela dicotomia entre o direito Penal e o direito Privado, preconizada por Aronne (2014) como um regulador de comportamento social, sendo que o último estabelecia uma série de direitos às, hoje identificadas, “pessoas de bem”, como propriedade, ressarcimento de danos, herança, etc, e naquele se puniria quem, destipificado como titular de direitos, ousasse “descer ao asfalto” para romper o pacto social do qual, inclusive, não havia participado. Assim, está bastante presente nesse reclamo de uma sociedade neoliberal contemporânea e justifica, inclusive, a razão de se buscar do Estado uma maior função punitiva através de políticas de segurança pública.

O aumento da violência que é visto e sentido pela sociedade como um todo, provoca uma movimentação por parte daquela como a cobrança do ente estatal de políticas que não só reduzam os índices de criminalidade, mas, principalmente, que reduzam a sensação social de insegurança, justamente porque a violência outrora sentida tão somente nas zonas periféricas, contemporaneamente, é compartilhada por todos os estratos sociais.

Por paradoxal, nessa estrutura de uma Estado Liberal, o que se percebe é um discurso que, de um lado, reclama menos do Estado, evidentemente para aqueles que menos dependem dele ou os mais abastados, o que reduzindo o custo deste, o que produz o aumento dos resultados das atividades privadas no mercado e, de outro lado, mais controle, através de políticas públicas de segurança pública, àqueles que mais dependem do Estado, seja pelos meios penalizador e assistencial ou do processo de



exclusão própria do mercado. Logo, um Estado que é duplamente perceptível, de um lado, um Estado para os pobres, com menos assistência, mais controle e vigilância; e de outro, um Estado para os ricos, o qual torna possível menos controle sobre a produção econômica.

O que se percebeu pós reabertura política no início dos anos 1980, é que a figura do Estado como ente vigilante e punidor pouco se modificou, evidenciando-se quando se toma por paradigma outras funções e outros elementos do mesmo Estado. O Estado brasileiro, antes e agora, continua fundado na institucionalização da criminalidade e da criminalização.

Em momento anterior à atual Constituição Federal, é possível ver que as políticas de segurança pública estavam afetas à identificação do agir criminal, vinculado às populações geograficamente, no espaço das cidades, periféricas. Ou seja, no desenho das cidades, o poder era central e quanto mais afastado desse “centro” geográfico, mais desafetados do poder estavam as pessoas. E contra essa população eram tomadas medidas policiais de contingenciamento da violência e da criminalidade, o que tornou possível ver que as formas de penalização foram direcionadas a sujeitos diferenciados.

Seria desnecessário dizer que durante muitos anos, e até hoje em dada parcela e medida, o direito penal serviu muito mais para segregação e limpeza étnica e social do que propriamente como medida punitiva e ressocializadora. Basta ver nesse sentido que a pena de prisão guarda contornos medievos de mera exclusão do indivíduo do convívio social. E não mais que isso.

Após, no campo teórico, pontualmente constitucional, lê-se uma estrutura de Estado Democrático de Direito o que não se consuma na prática, onde é ainda percebida uma face autoritária do Estado, principalmente nas questões relacionadas à segurança pública. Daí, nota-se que a reconstrução do Estado brasileiro e da sociedade, após passadas duas décadas no regime de exceção, tanto não foi linear quanto suficientemente profunda para conter o arbítrio das agências responsáveis pelo controle da ordem pública. Nesse sentido:

[...] não obstante as mudanças dos padrões emergente de criminalidade urbana violenta, as políticas de segurança e justiça criminal, formuladas e implementadas pelos governos democráticos, não se diferenciaram grosso

modo daquelas adotadas pelo regime autoritário. A despeito dos avanços e conquistas obtidos nos últimos anos, traços do passado autoritário revelam-se resistentes às mudanças em direção ao Estado democrático de Direito [...] (ADORNO, 1996, p. 233).

Aliás, mesmo passadas mais de três décadas na vigência da atual Constituição Federal, o processo de transição para a democracia ainda enfrenta desafios para a manutenção da ordem pública em uma teia afetada pela insegurança, tanto nos meios urbanos quanto rurais, o que faz reclamar uma constante mudança na atuação de todos os órgãos e agentes estatais afetos ao sistema de segurança pública, mantendo a contaminação de resquícios autoritários. E esse agir, evidente, causa tensionamento, quando a esses mesmos órgãos é imposta a responsabilidade de atuar sob os princípios do Estado Democrático de Direito, imperativo posto pela sociedade através dos movimentos sociais.

Ou seja, as ações que outrora eram adotadas para o controle da ordem pública, contemporaneamente se tornaram mais complexas na vigência de uma nova ordem social, democrática, impondo a reorganização do aparato estatal que, em um primeiro momento, não resultou da imediata participação social na construção das políticas de segurança pública, o que seria necessário ao país.

Para que se tenha uma ideia, ainda nas décadas de 1960 e 1970, a criminalidade estava afeta à população marginal, ou seja, aquela que, encontrada em situação de desemprego, subemprego e pobreza, especialmente estava à margem dos centros urbanos e, por isso, distantes do centro do poder. Havia uma perceptível marginalização, tanto espacial quanto de inserção social, o que permitia sentir uma vinculação da marginalidade à ideia de espaço e poder, levando, naquele momento, à busca da identificação de quem seria o objeto de estudo quando se tratasse de criminalidade, encontrando, assim, aquela população identificada como marginal nas acepções espacial e política.

Na “ecologia do crime” latino-americana, “as residências dos delinquentes coincidem com a das residências das camadas mais pobres da população: ambas convergem para as áreas mais deterioradas das cidades” (COELHO, 1978, p. 148). Ocorre que a ecologia urbana veio, nessas últimas décadas, alterando-se profundamente. E, também, em igual sentido, alterou-se a própria ecologia do crime.

Os centros urbanos foram sendo esvaziados com a migração das populações que ali viviam, para as regiões periféricas. Essas regiões periféricas, por conta disso, passaram a ter custo e valor elevados. A população, naturalmente, migrou para os centros urbanos que, em consequência, haviam perdido valor por conta da depreciação e do abandono, além de ser próxima à zona onde há busca por mão de obra - trabalho.

Agora, em uma nova onda, as zonas urbanas centrais degradadas, pela perda do valor de mercado inerente ao processo de degradação, passaram novamente a ser alvo da especulação imobiliária e, como consequência, esse movimento migratório social acabou por destruir a identificação da criminalidade com a análise espacial. Ou seja, a ideia de que os índices de criminalidade estavam afetos às periferias não mais se sustenta, não sendo mais sustentável o que outrora foi legítimo pensar – associação entre criminalidade e urbanidade.

É que, como refere Coelho (1978), esse processo migratório, ou melhor, esse esvaziamento de uma identificação entre criminalidade e periferia urbana, acaba por induzir a uma nova demanda em termos de políticas públicas de segurança, principalmente ao levar em consideração os novos tipos de crimes, a impessoalidade dos contatos interpessoais oportunizados pelas redes sociais, o anonimato do convívio urbano nos centros, dentre outros fatores. Não há mais um lócus de estudo da criminologia, mas sim um comportamento que pode estar em qualquer lugar, mesmo distante da vítima, que é induzido exatamente pela densidade da pobreza ao permitir uma elaboração de uma subcultura marginal que propicia ver um esvaziamento do e no Estado em suas funções e, concomitante, na falha de indicadores precisos acerca do mapa da criminologia. De um lado, o Estado se esvazia porque não presta o básico em termos de políticas públicas, e se aquele não faz, de certo que quem fará serão os invasores do espaço deixado em branco. Daí o surgimento do crime organizado nas zonas periféricas e até dentro dos presídios.

De outro lado, porque os registros estatais acerca dos crimes variam muito entre os crimes que se tornam conhecidos, ou seja, aqueles que passam ao conhecimento do Estado por conta dos registros de ocorrência efetuados e das prisões, que por decorrência, são efetuadas. Ocorre que, neste tópico, não há como se falar em exatidão, porque nem sempre os crimes são registrados e nem todos os

crimes tem, por parte da população, a mesma identificação da necessidade de levar-se ao conhecimento da autoridade policial para as medidas estatais necessárias e inerentes. Isso é oportunizado pela propensão diferente entre as camadas sociais em registrar a ocorrência em tipos específicos de crime, tanto analisada a partir da figura da vítima quanto pela figura do agressor.

Desde a década de 1970 até hoje, quando já estabelecido o Estado Democrático de Direito, percebe-se que o próprio Estado e a sociedade necessitam exercer papéis na definição de políticas públicas e de poder, o que vem legitimar o processo pelo qual se desenvolve a política pública que resulta do tensionamento necessário entre todos os agentes sociais. E que precisam resultar em estratégias de ação que são fruto daquele processo antes relatado da construção da política pública, coordenado por uma racionalidade coletiva na qual tanto o Estado como a sociedade desempenham papéis ativos e cada dia mais complementares.

O estudo acerca das políticas públicas também pode ser entendido como o estudo do próprio Estado em ação, ou seja, de suas constantes relações com os seus agentes e a própria sociedade, o que se torna um campo próprio para a discussão de todas as classes sociais. Logo, a organização da sociedade, por meio de instituições que a representem, faz que o poder de pressão junto ao próprio Estado viabilize, primeiro, a identificação de um problema que possa ser público e que, segundo, demande uma política pública capaz de ou resolver o problema, ou mitigar seus efeitos. É também perceptível que o ato político que institui a política faz surgir relações de poder que indicam o tensionamento das forças e dos interesses sociais afetados por ela, além do arranjo institucional que surge como seu externado.

Até o início dos anos 1980, as políticas públicas promovidas pelo Estado brasileiro traziam como características:

[...] centralização decisória e financeira na esfera federal [...], pela fragmentação institucional [...], pelo caráter setorial [...] e, principalmente, pela [...] exclusão da sociedade civil do processo de formulação das políticas, da implementação dos programas e do controle da ação governamental [...] (FARAH, 2004, p. 60).

Dentro das políticas sociais afetas à complexidade da política de segurança pública, envolve os três poderes do Estado e, dentro deles, diversas instâncias de

governo. Em síntese, cabe ao Executivo o planejamento e a gestão das políticas de segurança pública que visam à prevenção e à repressão da criminalidade e da violência e, após, à execução da pena. Ao Judiciário, compete a garantia do devido processo legal e a aplicação da lei penal e processual penal para a concretude da pretensão punitiva. E ao Legislativo, por seu turno, compete o estabelecimento do ordenamento material e processual que são, no contexto, imprescindíveis ao funcionamento de todo o sistema criminal.

A contar de 1988, o sistema de segurança pública brasileiro em vigor passa a estabelecer compromisso com a segurança individual e coletiva. Ocorre que, na prática, as políticas de segurança pública têm sido falhas e, por isso, meros paliativos às situações emergenciais, dissociadas das necessidades sociais, tendo em vista que não são perenes e, concomitantemente, apresentam-se sem articulação entre todos os entes estatais.

Se, como dito, para a implementação de uma política pública é necessário que se preveja mecanismos de aferição de seus resultados, em termos de segurança pública, não se nota planejamento, monitoramento e avaliação de resultados. Os gastos estatais não tem sido eficientes no combate à criminalidade, seja dentro do executivo federal, estadual e, hoje, no municipal.

Desse ponto de vista, a história das políticas de segurança pública na sociedade brasileira nas duas últimas décadas se resume a uma série de intervenções governamentais espasmódicas, meramente reativas, voltadas para a solução imediata de crises que assolam a ordem pública [...] (SAPORI, 2007, p. 109).

Mecanismos essenciais não têm sido utilizados pelos diversos governos para possibilitar o pensar, o implementar, o implantar, o efetivar, com eficácia, uma política de segurança pública como instrumento do Estado e da sociedade. A promulgação de leis, decretos, portarias e resoluções, visando instrumentalizar o enfretamento da criminalidade e da violência, sem que haja articulação das ações de segurança pública no contexto social, acaba apresentando resultados inconsistentes e insatisfatórios em resultados de eficácia plena. As ações são pontuais e reclamadas diante de determinadas situações.

A atuação dos órgãos da segurança pública requer interação, sinergia de ações combinadas a medidas de participação e de inclusão social e comunitária, cabendo ao Estado o papel de garantir o pleno funcionamento dessas instituições. Considera-se que a segurança pública é um processo sistêmico e otimizado que envolve um conjunto de ações públicas e comunitárias, visando assegurar a proteção do indivíduo e da coletividade e a ampliação da justiça da punição, de recuperação e do tratamento dos que violam a lei, garantindo direitos e cidadania a todos. Um processo sistêmico porque envolve, num mesmo cenário, um conjunto de conhecimentos e de ferramentas de competência dos poderes constituídos e ao alcance da comunidade organizada, interagindo e compartilhando visão, compromissos e objetivos comuns; e otimizado porque depende de decisões rápidas e de resultados imediatos (BENGOCHEA et al., 2004).

Trata-se de uma questão significativamente complexa que impõe a necessidade de aproximação entre diversas instituições e sujeitos do campo político, e que envolve o ciclo burocrático do sistema de justiça criminal.

## 2. A PRESTAÇÃO PELO ESTADO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, A RESERVA DO POSSÍVEL E A PROTEÇÃO DEFICIENTE – A PONDERAÇÃO E A RAZOABILIDADE COMO JUÍZOS DISCRICIONÁRIOS

Como visto, a construção de uma política pública demanda um processo complexo perfeitamente identificável no campo burocrático de ação da função executiva do Estado que, diante disso, pode fazer um juízo valorativo de conveniência e de oportunidade, segundo os modelos de gestão e governança instalados. Ocorre que essa discricionariedade do gestor pode, muitas vezes, não atender às exigências das demandas sociais.

A literatura brasileira contemporânea, referente ao constitucionalismo, indica que o padrão a ser adotado para a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais toma por paradigma o constitucionalismo alemão. Por isso, é importante tomar essa orientação por norte, até porque é dela a premissa que a Corte Constitucional Brasileira vem se atendo. A Corte Constitucional Alemã indica o

entendimento que direito prestacional deve ter relação com o que se encontra dentro da razoabilidade de exigência social (FERNANDEZ JUNIOR, 2014).

É possível perceber que a eficácia vertical dos direitos fundamentais encontra sua razão existencial nessa ponderação da razoabilidade. De outro turno, encontra o debate na resistência, em sua efetividade na limitação da reserva do possível.

Dito isso, e porque a realidade é mais rica que a ficção, quando percebida pela construção histórica, no cenário brasileiro desde a Constituição Federal de 1988, as políticas públicas têm sido oportunizadas segundo critérios vinculados à economia e que, diante disso, é impossível a satisfação de todos os anseios e necessidades da sociedade de maneira simultânea. Como refere Santos:

Inegável que nosso país não passou pelas transformações sociais tal qual a Europa, que proporcionaram a consagração do caráter supremo da Constituição. Com efeito, a Carta de 1988 inaugura um novo tempo na história brasileira, incorporando direitos que norteiam mudanças que a sociedade precisava. Entretanto, esses direitos inculpidos não existem por si, precisam ser efetivados. É nesse esqueço que se mostra necessária a construção de uma teoria constitucional para países como o Brasil – de modernidade tardia. Efetivamente, a Constituição de 1988 consagrou muitos direitos essenciais para a vida em sociedade, como o que concerne à saúde, para citar um exemplo. Entretanto, escrever no texto da Carta que os brasileiros têm direito à saúde torna-se inócuo quando não se tem como garantir que essa saúde seja efetivada. Diante desse panorama, dezenas de ações de medicamentos são ajuizadas todos os dias, cobrando do Estado o Direito que ele não dá aos seus cidadãos. E, conseqüentemente, muitas sentenças diárias condenam esse Estado a pagar o tratamento de saúde que o particular, inegavelmente, necessita (SANTOS, 2015, p. 28).

De fato, o limite econômico justifica a reserva do possível como, impondo uma espécie de continente jurídico e fático à prestação do direito. Pois bem, mas do que trata a reserva do possível? Na lição de Sarlet e Figueiredo:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar, na invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. [...] É justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional: ‘ao legislador compete, dentro das

reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 30).

Esse problema de competência constitucional que estamos trabalhando, devido à desatenção para a efetividade vertical de um direito fundamental, pode ser fruto de uma vontade política. E assim, irradia-se numa postura administrativa do Estado e pode ser tido como um discurso para impedir o dever prestacional pela ausência de recursos humanos e materiais.

Daí, inafastavelmente é preciso considerar que se efetiva a impossibilidade da prestação. Até que ponto essa impossibilidade tem o condão de impedir a tutela desses direitos fundamentais? E como se sabe se há culpa ou não por parte do gestor em não tornar efetivas políticas públicas para demandas sociais? A impossibilidade, a aferição dela se socorre da razoabilidade e da ponderação enquanto princípios? E estaria o Judiciário, portanto, legitimado a esse enfrentamento? O princípio constitucional da razoabilidade tem por base a justiça e a liberdade e se insere como o instrumento disposto ao poder judicante para a valoração dos atos do poder público.

Por outro lado, é claro que esse exercício não se dá em abstrato, mas a partir de demandas específicas, logo, a atuação do Estado na produção de normas jurídicas só é possível diante do caso concreto e será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de meios. Afinal, esta é a essência de uma política pública: atender à demanda social específica. Nessa lógica, Lavié:

Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos (LAVIÉ, 1984, p. 461).

O problema, e aí reside o cerne da inquietação, é com que contaminações pode defrontar-se a aplicação, no caso concreto dos princípios da razoabilidade e da ponderação, na tutela pelo órgão judicante na efetividade de direitos fundamentais e de prestações sociais?



Algumas premissas são relevantes e orientam o raciocínio. A razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É o que se conhece pela razoabilidade interna, que condiz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida (PESSOA, 2004).

Uma análise exemplificativa que permite ver essa situação é referente aos limites do exercício do direito de propriedade em face do dever prestacional de proteção ao patrimônio cultural, em razão da memória que determinadas situações fáticas de utilização do bem apresentam. Por isso, servem de motivos, enquanto que os fins estão subsumidos no dever de proteção do patrimônio cultural por razão de memória, preservando a história que deu início ao sítio histórico cultural que se pretende proteger.

Porém, os meios encontram uma desproporção, pois a manutenção dessa memória tem preço e, em certa medida, limitados pela inércia do Poder Público, seu obrigado principal, especialmente, em tomar as medidas legais (inventário, tombamento ou registro e etc.). Ou mesmo financiar a proteção, a fim de legitimar ao proprietário a garantia plena de seus direitos também constitucionais, como a propriedade, a liberdade e a livre iniciativa.

Porque a realidade graceja de forma diversa e aponta para a inexistência material de recursos ou até mesmo a inércia do Poder Público, quiçá até mesmo a desídia dos proprietários quando da restrição administrativa de patrimônio cultural ou histórico. O que tem levado à depreciação, à depredação, à dilapidação e até ao perdimento dos bens, indicando para a relativização do princípio protetivo, colocando-o em rota de colisão com a proporcionalidade e a razoabilidade da conduta.

Outra possibilidade exemplificativa se constitui na destinação de determinada prestação positiva por parte do Estado na tutela efetiva de um direito fundamental em que exista reserva do possível que impossibilite a prestação a vários destinatários, como é o caso da assistência prestacional à saúde, o que leva ao questionamento sobre quem será, dentre todos os necessitados, eleito para perceber a prestação por parte do Estado. Nessa perspectiva, segundo Alexy (2008), a hipótese que se apresenta sob a observação de três condições, cuja averiguação é prejudicial: a

necessidade (meio mais benéfico ou menos oneroso para o cidadão), a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nessa linha de raciocínio, não se sustentaria a pretensão protetiva enquanto essa colidisse com o fim almejado, porque a colocaria em um contexto mais amplo ao dever de verificar pela necessidade conformadora da pretensão, o que leva sempre em consideração o meio menos gravoso do agir. Na hipótese, em sendo concebível que a pretensão poderia ser praticada em nível de menor onerosidade ou ingerência na vida do cidadão, estar-se-ia diante da falta da razoabilidade da pretensão protetiva, e que não pode ser abrigada pelo Poder Judiciário, o qual não tem habilidade para aferição deste parâmetro valorativo e que faz, por isso, um juízo valorativo alicerçado tão somente na disposição do direito prestacional e não na sua necessidade.

Ou seja, pouco importa se há necessidade de uma política pública específica para atender a uma determinada demanda social, ou se essa política pública está em construção. Sua prestação de tutela vem a ser concedida pela simples disposição do direito ao indivíduo. Uma forma exemplificativa de apontar esse comportamento jurisdicional é verificado no caso da concessão pelo judiciário, de tutela autorizativa ao plantio e ao cultivo de cannabis sativa, por orientação e indicação médica, para tratamento de várias doenças convulsionantes. Ainda que a agência reguladora não houvesse regulamentado a política pública afeta, o judiciário tem inúmeros casos de concessão de tutela, em pretensões individuais, sobre o argumento em núcleo duro, de que a saúde, lato sensu, é um direito fundamental.

Mas não se para aí.

Uma vez transpostas as condições anteriores, ainda deverá enfrentar a ocorrência do terceiro requisito, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito, consistente na análise de contrastar a justificativa da pretensão protetiva perante o ordenamento jurídico, especialmente quando se tratar de restrição de direitos. A discussão é profunda, pois em se tratando de colisão de direitos fundamentais, a equação se mostra insolúvel pelos métodos tradicionais, o que acaba por impor, ao agente judicante, a faculdade ou dever de valer-se dos métodos contemporâneos, a fim de sopesar todas as circunstâncias do caso concreto, os direitos fundamentais em colisão e as consequências jurídicas de uma ou outra resposta constitucionalmente adequada.

E nessa perspectiva, vale lembrar Santos (1986) quando referia que seria necessário dotar os magistrados de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos para que, somente então, abandonando uma pretensa neutralidade, seriam capazes de dar respostas adequadas, segundo a previsão constitucional. Mas parece, e como adiante se vê, que esse plano ideário ainda é distante da realidade e se apregoa que cumpre ao juiz valer-se da razoabilidade e da proporcionalidade, em juízos valorativos, para que, na impossibilidade de inconstitucionalidade, considerar fatos, fins e meios que emergem do caso concreto, para então determinar a aplicação da eficácia de um direito prestacional fundamental, sem considerar a complexidade do todo.

É um direito que todo cidadão tem de não ver outro direito fundamental derogado por conta da deficiência do ordenamento jurídico ou por opção meramente política do gestor. E esta premissa também é do Texto Constitucional: que nenhuma lesão de direito será afastada do enfrentamento da tutela jurisdicional, segundo a regra trazida no artigo 5º, XXXV, da Constituição. A literatura constitucionalista contemporânea traz importantes contribuições. A lição de Ingo Sarlet:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. [...] A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo) (SARLET, 2005, p. 132).

Ainda, Streck:

[...] estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de "ir longe demais" (Übermassverbot), em contraponto com a proibição de "fazer muito pouco" (Untermassverbot), ambos mecanismos semelhantes, porém, vistos de ângulos diferentes. Daí que "quando um direito é invocado como direito negativo a questão é saber se o legislador foi longe demais. Quando é

invocado como direito positivo ou dever de proteção (Schutzpflicht); a questão é saber se ele fez muito pouco para proteger o direito ameaçado". Assim, só haverá a possibilidade de se reconhecer a proibição de proteção deficiente quando se estiver face a um dever de proteção, isto é, para explicar melhor, a Untermassverbot tem como condição de possibilidade o Schutzpflicht [...] (STRECK, 2008, p. 80).

Porém, não se pode perder de vista que essa prestação tem um custo, ou seja, possui dimensão e relevância econômicas e, diante disso, a política do poder público não é materialmente efetiva, como no Brasil não o é justamente porque existem prioridades mais emergentes, assim eleitas e ditas como tal por quem, ao fim, tem o poder (legítimo ou não) de eleger prioridades e que não parece ser o Judiciário.

Dentre os direitos fundamentais, existem prevalências e essas indicam o critério subjetivo do que é merecedor de tutela jurisdicional, o que leva, como decorrência dessa omissão política, voluntária ou não, a apresentar uma verdadeira proteção deficiente de um direito fundamental. Nesse sentido, Streck afirma:

[...] não se pode tirar o valor da discussão e tampouco negar o avanço que a discussão acerca do princípio da proporcionalidade no âmbito do Estado Democrático de Direito. Assim, é possível afirmar, com base em doutrina que vem se firmando nos últimos anos, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de "proibição de proteção deficiente" (Untermassverbot). A proibição de proteção deficiente, explica Bernal Pulido, pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal - por antonomásia, uma omissão - viola um direito fundamental de proteção (STRECK, 2014, p. 15).

Não se pode, diante disso, esquecer da obrigação do novo Estado de dar resposta às necessidades de segurança de todos os direitos, incluindo-se nesse rol, também, os prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

Contudo, utilizando o conflito dos interesses subjacentes, evocar-se-ia a instrumentalização formal da Constituição, relevando a instrumentalização material ao locus da irrealidade, pois é sabido que os poderes públicos constituídos não dispõem de condições materiais para sustentar plenamente esse tipo de garantia constitucional. Nem o Judiciário que vem demonstrando, reiteradamente, total ausência de competência material, na maioria das vezes, quando provocado a tutelar expectativas de direito.

Todo direito fundamental, prestacional ou abstencional é relevante e são necessárias políticas públicas capazes de tornar concretas as expectativas daí vindas. A perspectiva social dos textos constitucionais, pós segundo quartil do século passado, indica exatamente esse cenário.

O problema é exatamente os limites à atividade jurisdicional, funcional e material, visto o ato de escolha que se enfrenta no agir jurisdicional que não leva em conta a possibilidade e a necessidade, mas tão somente a disposição legal ao exercício do direito não provém de quem tem dotação complexa na formação da definição.

### 3. A POSIÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA ACERCA DAS PRESTAÇÕES DE POLÍTICAS EM SEGURANÇA PÚBLICA

Com o objetivo de fazer um recorte, a pesquisa deixa de lado, propositadamente, o ativismo judicial nas instâncias ordinárias, quais sejam a primeira e a segunda instâncias do Poder Judiciário, a chamada jurisdição comum, para ocupar-se basicamente de quem, ao fim e ao cabo, falará sobre a constitucionalidade, objeto deste trabalho. Ao optar por esse recorte, tem-se ciência de que se abandona uma análise das instâncias que estariam mais próximas da realidade social, e que estariam mais preparadas técnica e materialmente, para o enfrentamento dessa demanda de prestação jurisdicional.

Mas essa opção se dá por conta do problema que se identificaria na indeterminação e na amplitude conceitual na formação da lógica decisória a que estariam sujeitas à análise, levando em consideração todos os fatores exógenos de

formação cultural de um país de dimensão continental. Diante disso, permitiria enfrentamentos dispares, sem qualquer padrão ou necessária uniformidade. O possível “achismo” de cada um dos milhares de julgadores brasileiro não admitiria um padrão ou paradigma de formação decisória e que, por conta desse número de fundamentos, objetivos e principiológicos, culminariam, como de fato o fazem, no manifesto da Corte Constitucional sobre o padrão decisório que espera ver produzido.

Por essa razão, adota-se a pesquisa de campo tão somente na posição seguida pelo STF a quem o legislador constituinte reconheceu como guardião da Constituição Federal. A análise tem início no julgamento do processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9 (ADPF 45-9), do Distrito Federal, ocorrido em 29 de abril de 2004, e que teve como relator o Ministro Celso de Mello.

Foram delineados diversos conceitos afetos ao controle das políticas públicas e econômicas, razão pela qual, recortam-se trechos importantes da referida decisão e que interessam ao trabalho, para o que a própria Corte indicou ser “dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais”, quando enfrentou a pretensão posta pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 (ADPF 45). Para tanto, recortou-se:

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

[...]

A ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de

tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

[...]

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável [...] aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris). Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (BRASIL, 2004).

O controle pelo Judiciário sobre as políticas públicas, nessas compreendidas as econômicas, tem origem percebida a contar do início da década de 90, quando da transição para o regime democrático (AGUILLAR, 2009). Veio ganhar contornos significativos após a Constituição Federal de 1988, quando, então, começou-se a perceber um tensionamento social em busca, junto ao Judiciário, de uma posição mais proativa na concretização das políticas públicas. Ao referir-se ao tensionamento, tanto

se aponta para o tensionamento em busca das políticas constitucionalmente reconhecidas como direitos prestativos, quanto no próprio conflito acerca da legitimidade do Judiciário em fazer esse enfrentamento sem que isso resultasse, por si, em uma violação às estruturas do próprio Estado.

Ao seguir a análise daquele julgamento, a decisão da ADPF 45 aponta que, já na virada do século, a Corte Constitucional passou a defender uma posição mais ativa do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, o que veio a ser entendido como o fenômeno da politização da justiça ou ativismo judicial ou jurisdicional. Tanto assim que na decisão daquele julgamento está exposto que:

[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado [...] (BRASIL, 2004).

Percebe-se que há um reconhecimento de que as políticas públicas para a efetividade de direitos sociais têm origem na elaboração e na execução afetas aos poderes Legislativo e Executivo, mas também, desde então, aponta que essa responsabilidade não está afeta exclusivamente a tais funções do Estado. Para reconhecer, como de fato o fez, que se porventura houvesse negativa de prestação de política pública pelo Estado de maneira irrazoável, poderia o Judiciário intervir para lá, e ainda hoje, garantir a efetividade dos direitos de 2ª geração que exigem uma prestação ativa (deveres prestacionais), diferentemente dos direitos de 1ª geração, que impõem uma atuação negativa (deveres abstencionais).

Também do julgamento, é interessante o enfrentamento quanto à limitação orçamentária para a concretização de políticas públicas. Chega-se a esse enfrentamento porque, em regra, o Executivo suscita como defesa à inação, à



ausência de previsão orçamentaria específica ou, ainda, aos custos que o dever prestacional lhe impõe.

Para tanto, na teoria dos professores Holmes e Sunstein (2000), o relator enfrenta os custos do direito e das implicações que isso importa na concretização efetiva dos direitos, na lição apontada por Barcellos que, em síntese, disse:

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p. 245-246).

Também, é digna de nota, a posição doutrinária de Krell, aportada no julgamento:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador

concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais (KRELL, 2002, p. 22-23).

Portanto, a posição do STF nessa ADPF trouxe algumas premissas básicas que vem orientando a posição jurisdicional da Corte desde então. Reconhece, de partida, que a execução de políticas econômicas é de competência discricionária do Poder Executivo, em juízo de conveniência e oportunidade. Todavia, pondera que essa discricionariedade não é absoluta, passando a admitir a intervenção do Poder Judiciário quando a atuação do Executivo se tornar omissa e sem razoabilidade, o que entende por haver negativa por parte do Estado à prestação dos direitos constitucionalmente garantidos.

É o que considera pelo sistema de *checks and balance* previsto pelo próprio sistema constitucional, que basicamente reconhece que sempre que houver ilegalidade, seja pela violação literal do dispositivo legal, seja pela violação de princípios de razoabilidade e de proporcionalidade, o que também é considerado com um vício de legalidade (CARVALHO FILHO, 2014), surge a hipótese de o Poder Judiciário efetuar o controle, sem que isso possa ser tipificado como violação a separação dos poderes. Assim, legitimando que o Judiciário possa atuar ativamente no controle judicial de políticas econômicas em caráter excepcional, cumprindo aquele encargo de tornar efetivos direitos econômicos, sociais e culturais, em atenção à dimensão política da jurisdição que lhe é afeta.

Posteriormente, e no ano seguinte de 2005, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5, originário do estado de São Paulo, com a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que tinha como núcleo duro a pretensão afeta à educação enquanto direito social, seguiu nessa mesma lógica ao dizer que, como tal, o adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação de

índole positiva, do qual o Estado só se desincumbe criando condições objetivas para que esse direito possa ser, de fato, usufruído através do acesso a esse mesmo direito, naquele caso, em vagas em creches e pré-escolas. E ao fazer isso, justifica a decisão, pois: “[...] se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada pela inércia governamental [...]” (BRASIL, 2005).

Mais uma vez, a Corte alega que não é sua atribuição ordinária, formular e implementar políticas públicas, reconhecendo que esse encargo é de competência legislativa e executiva. Intrometer-se em tal atribuição só é possível, na excepcionalidade, quando essas funções estatais estiverem descumprindo seus encargos político-jurídicos de tal sorte que comprometam a eficácia vertical dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

Também é digno de nota que, neste julgamento, como naquele, a Corte trata de enfrentar e afastar a Reserva do Possível como causa-razão ao inadimplemento das políticas públicas, basicamente, utilizando como argumento central, a ausência de discricionariedade ao administrador. Dessa forma, delibera sobre oportunidade e conveniência para a implementação de políticas públicas aptas para eficácia de prestações de direitos sociais discriminados na Carta e quem há de aferir os limites dessa discricionariedade é o Judiciário, daí, pois, sua competência para a função político-jurisdicional. Nessa mesma esteira, a decisão passada no Agravo de Instrumento nº 455.802/SP (BRASIL, 2004) e nos Recursos Extraordinários nº 411.518/SP (BRASIL, 2007) e nº 401.673/SP (BRASIL, 2007, todos com a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Mudando a relatoria, contudo, não muda o entendimento da Corte e isso é possível notar no julgamento passado no Recurso Extraordinário com Agravo nº 698.258/SP (BRASIL, 2008), que teve como relator o Ministro Teori Zavascki, no Recurso Extraordinário nº 463.210/SP (BRASIL, 2005), relatado do Ministro Carlos Velloso, no Recurso Extraordinário nº 464.143/SP (BRASIL, 2009), relatado pela Ministra Ellen Gracie, no Recurso Extraordinário nº 592.937/SC (BRASIL, 2009), relatado pelo Ministro César Peluso, nos Recursos Extraordinários nº 909.986/DF (BRASIL, 2015) e nº 919.489/DF (BRASIL, 2015), ambos relatados pela Ministra Carmen Lúcia.

A análise dos julgamentos supra se deu de forma genérica à posição da Corte quanto aos direitos sociais fundamentais e a sua fruição através do ativismo jurisdicional. Quando se agudiza a pesquisa para o cerne do presente trabalho, políticas em segurança pública, o núcleo da posição da Corte não é diferente.

Tanto assim o julgamento do Recurso Extraordinário nº 768.825/BA (BRASIL, 2014), da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, processo nº 628.159/MA (BRASIL, 2013), relatado pela Ministra Rosa Weber, no Agravo de Instrumento nº 810.410/GO (BRASIL, 2013), da relatoria do Ministro Dias Toffoli e do Recurso Extraordinário nº 563.144/DF (BRASIL, 2007), da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Esses, entre outros, mantêm o centro nuclear do entendimento de que:

[...] O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. [...] (BRASIL, 2005, 2007, 2008, 2009, 2013, 2014, 2015).

É oportuno o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo, processo nº 1197779/RN (BRASIL, 2019), da relatoria do Ministro Celso de Mello que reconhece no teor do seu voto o relevo de natureza constitucional da segurança pública e das políticas afetas, ao assim dispor:

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, a proteção à vida e à segurança – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

[...]

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado – que deve zelar pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF, art. 144, “caput”) – não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pela Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes estatais, cujas opções, tratando-se da prestação de serviços de natureza social, não podem ser exercidas de modo

a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desses direitos básicos de índole social (BRASIL, 2019).

O que vem amoldar, portanto, também para a pauta da segurança, a mesma linha de entendimento passada pela Corte Constitucional para todos os demais direitos prestacionais fundamentais, como saúde e educação, por exemplo. Em todas as análises, a premissa básica e clara, é no sentido de que:

[...] não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executiva (BRASIL, 2005, 2007, 2008, 2009, 2013, 2014, 2015, 2019).

Não se pode descuidar, também, que há lição doutrinária robusta que não reconhece essa possibilidade de controle judicial das políticas públicas. Tanto assim:

O relevo modesto da inconstitucionalidade por omissão prova as dificuldades do controlo das políticas públicas. Estas reconduzem-se fundamentalmente a um conjunto de decisões e ações adoptadas pelo Governo para influir sobre o problema. Os juizes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democrático processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de ação. Pode censurar-se, através do controlo de constitucionalidade, actos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição. Mas a política deliberativa sobre as políticas da República pertence à política e não à justiça (CANOTILHO, 2001, p. 946).

Mas, essa posição acabaria por reconhecer somente um ambiente propício para o tensionamento entre as funções estatais, porque o Judiciário, reconhecendo o comportamento omissivo, de tal reconhecimento não passaria. Há, também, na assentada doutrinária, em teoria no constitucionalismo brasileiro acerca de que o controle concentrado não esteja limitado ao reconhecimento da omissão, porque:

[...] a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio

político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais (SILVA, 2000, p. 48-49).

O que se percebe, tanto no julgamento da ADPF 45, como nos julgados acima citados – genéricos para os direitos fundamentais sociais ou para as políticas em segurança pública – e que representam a posição da Corte Constitucional nos últimos anos, é no sentido de que a intervenção nas políticas públicas é possível, mas deverá ser excepcional, ocorrendo sempre que a omissão estatal se mostrar grave ao ponto de “comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (BRASIL, 2004).

A posição do STF orienta acerca das condições em que se daria essa intervenção, enfatizando que:

[...] os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (BRASIL, 2004).

Outra decisão pontual ao trabalho, foi o mérito do deferimento da medida cautelar na ADPF 347, do Distrito Federal, que teve a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que reconhece o Estado de Coisas Inconstitucionais a contar da violação de princípios fundamentais, particularmente, ali, no sistema carcerário brasileiro (BRASIL, 2004). A pretensão ali posta tem objetivo em carga decisória eficaz declaratória e condenatória. Primeiro para declarar que o sistema carcerário brasileiro, contemporaneamente, seja reconhecido e declarado como um Estado de Coisas Inconstitucional.

Como consequência dessa declaração, que a Corte Constitucional passe a interferir na elaboração e implementação de políticas públicas afetas ao sistema, objetivando, nos termos da pretensão, que aquela possa discutir e deliberar sobre as verbas orçamentárias a serem aplicadas no sistema carcerário, mitigando as consequências das condições degradantes em que se dá o cumprimento do cárcere no Brasil.

Para chegar à conceituação do Estado de Coisas Inconstitucional, ou sua permanência nele, foram trazidos problemas estruturais nos cárceres que culminam com a violação sistêmica e generalizada de direitos fundamentais. Com isso, foram suscitados o problema e a repercussão social dele, identificando como um problema público e social e que, por isso, demanda uma política afeta à mitigação ou à eliminação dos efeitos.

Ato contínuo, a pretensão de acautelamento trouxe à pauta a inércia reiterada na ausência de políticas públicas por parte das autoridades, no caso dos poderes Executivo e Legislativo, para modificar o estado das coisas e que, segundo os termos postos no julgamento, a não criação e implementação de políticas públicas se dá por opção de gestão e não por falta ou contingenciamento de recursos, o que veio a ser reconhecido pelo Advogado Geral da União na época, o qual, em sua manifestação, reconhece que a não-execução dos projetos não é decorrência da ausência de recursos, mas de ausência de projetos em si, e que isso é de responsabilidade e de competência de cada um dos estados-membro da Federação. Esse fato, da não ausência de recursos, também é reconhecido na manifestação da Vice-Procuradora-Geral da República, ao se manifestar na referida ação, alegando que:

[...] o não contingenciamento das verbas do FUNPEN não seria medida capaz de reduzir o grave quadro do sistema penitenciário nacional, de maneira que a ausência de projetos visando a melhora das unidades prisionais é o verdadeiro entrave na referida problemática [...] (BRASIL, 2004).

A Corte, naquela oportunidade, não tendo ainda julgado o mérito da ADPF, concedeu a liminar de forma parcial e não unânime para: (1) acolher a pretensão da realização das audiências de custódia com o comparecimento do preso perante à autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas contados do momento da prisão e (2) liberar o saldo de verbas do FUNPEN. Rejeitou as demais pretensões.

Para tanto, a Corte reconheceu que o sistema carcerário brasileiro incorre em violação de direitos fundamentais ao permitir que, ante à degradação generalizada e à falta de vontade política dos agentes próprios ao elaborar projetos e políticas públicas para mitigar as consequências, o cumprimento das penas restritivas de

liberdade culminem por serem penas cruéis e desumanas, o que afronta a Constituição Federal. Nesse sentido:

[...] Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas tenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. [...] (BRASIL, 2004).

Quanto ao fundo, a Corte reconhece o contingenciamento, o que acaba por impedir a concretização de projetos existentes e a elaboração de novos projetos, contribuindo para o agravamento crescente na estrutura do sistema carcerário brasileiro. Para além de afrontar o direito fundamental do reeducando em cárcere, colabora com o aumento da violência dentro e fora dos presídios, o que vem fundar-se nas elevadas taxas de reincidência, passando o interno, quando egresso, a perpetuar delitos ainda mais graves.

No julgamento do deferimento parcial da liminar, o Supremo também registrou que, dentro das unidades prisionais brasileiras, a violação dos direitos fundamentais dos internos é sistêmica e generalizada, afrontando a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psíquica.

Está no relato da ADPF 347, da lavra o Ministro Marco Aurélio:

[...] Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. Os presos tornam-se lixo digno do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais [...] (BRASIL, 2004).

Ainda de acordo com o ministro relator:

[...] a população carcerária brasileira enfrenta diversos problemas diariamente tais como, superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas altamente sujas e insalubres, proliferação de doenças



infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água e de material de higiene básica, falta de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, além da dominação dos cárceres por organizações criminosas, falhas no controle do cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Para o ministro, a responsabilidade por esse quadro de inconstitucionalidade não é exclusiva à União, mas sim de todos os Estados-membros [...] (BRASIL, 2004).

Diante disso, e mantendo a premissa da excepcionalidade, a Corte aponta como motivo-justificativa para a ação, no caso, a flagrante omissão dos poderes Executivo e Legislativo em dar cumprimento à tutela de mandamentos constitucionais, pontualmente nesta ADPF, referente às degradantes situações em que se encontram as unidades carcerárias brasileiras e a falta de vontade política em mitigar os problemas através de políticas públicas. Em assim agir, entende a Corte que a omissão viola substancialmente o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e a garantia ao mínimo existencial.

Por essa razão, estaria justificada a tutela parcial deferida, através de um ativismo propositivo da Corte ao afastar a inércia dos demais poderes e propor, a contar de então, o campo jurisdicional como apto ao debate sobre o tema, não para criar políticas públicas, mas para tornar efetivas as já existentes, pontualmente, o juiz de garantia e a liberação dos recursos contingenciados para concretização das políticas já definidas, nos termos do deferimento do provimento acautelatório produzido. A referida ADPF, até a data de sua pesquisa neste trabalho<sup>7</sup>, ainda aguardava pauta ao seu julgamento de mérito.

Mas essa posição proativa da Corte, apresentando-se como um novo ator no cenário das políticas públicas, não decorre, tão somente, da dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF pela Constituição Federal. É possível perceber um novo Poder Judiciário na atuação das grandes questões sociais debatidas no próprio STF, por meio dos instrumentais processuais que servem de controle para a constitucionalidade.

E, para entendimento, é possível elencar duas premissas básicas, que são fundamentais e complementárias entre si. A primeira, afeta ao conteúdo analítico da Constituição de 1988, com cláusulas abertas e conteúdo axiológico igualmente

---

<sup>7</sup> A pesquisa ao site do STF, para acesso ao teor da decisão, deu-se em 6 de junho de 2020, data que ainda não havia sido pautado o julgamento do mérito.

amplo<sup>8</sup>, o que permite que o Judiciário, desde então, pudesse, como vem fazendo, adentrar o campo das opções políticas e legislativas da sociedade. Ou mais, que devessem ser fruto de um desenvolvimento de construção com a participação de todos os agentes e atores sociais envolvidos e não por ato decisório isolado. O Texto Constitucional, amplo e aberto, com cláusulas e princípios igualmente amplos e abertos, permite que, também sem continente, o próprio Poder Judiciante invoque um alto grau de discricionariedade para superar uma opção legislativa de não legislar ação, e permitir um amplo dizer o direito quando deva, sem limite algum, num exercício do controle de constitucionalidade que amplia os próprios limites de atividade.

A outra premissa, que complementa a primeira, diz respeito à evolução dos ferramentais processuais, através do aumento de processos de controle de constitucionalidade, abstrato, o que tem possibilitado ver um avanço das decisões para campos antes não adentrados. Nos efeitos que as ações diretas de inconstitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceitos fundamentais produzem, vinculando toda a prestação jurisdicional hierarquicamente inferior bem como ao próprio poder Executivo.

Essas novas características apresentam um modelo de Estado que vem sendo pautado, em sua gestão, com presente participação do Poder Judiciante, que assume importância maior e atuação ampliada, rompendo com a clássica proposta de Montesquieu e que vem a ser assumida em todos os Estados por esse Constitucionalismo Contemporâneo percebido no segundo quartil do Século XX.

Diante dessa realidade, que é um fato, passa-se a analisar como se chegou a esse novo Poder Judiciário.

---

<sup>8</sup> Vieira aponta que a Constituinte de 1988 avançou para além das questões puramente constitucionais para adentrar em campos que ampliaram muito seu campo de incidência e, por consequência, trouxeram mudanças nas características do bloco de constitucionalidade. Em seu artigo, *Supremocracia*, aponta esta questão como uma das razões desta “Supremocracia”: “A primeira destas decisões diz respeito ao próprio ethos ambicioso da Constituição de 1988 que, segundo Seabra Fagundes, corretamente desconfiada do legislador, deveria sobretudo legislar. Assim, a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo de relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador” (VIEIRA, 2008, p. 446).

### **CAPÍTULO III - O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SUA (RE)LEITURAS**

Ainda pontuando que o presente trabalho tem por objeto de pesquisa o ativismo judicial, o presente capítulo propõe enfrentar o Constitucionalismo Moderno a contar de seus dois principais caracteres, quais sejam, o neoconstitucionalismo que traz uma nova aproximação de toda a teoria constitucional e, como ferramental, o neoprocessualismo, que impõe ao Judiciário, mais democrático, uma nova função, dando-lhe atribuições de um ator protagonista do processo de proteção de direitos fundamentais com instrumentos aptos a tanto.

E, como se verá, o Judiciário, nessa nova perspectiva, deixa para trás a posição de mero espectador e passa a chamar a si um papel de agente ativo, o que conduz a analisar esse novo judiciário enquanto poder e os fenômenos da politização da justiça ou a judicialização da política ante, exatamente, a necessidade que se sente de que essa função de estado, a judicante, também transite por campos outrora reservados ao processo político representativo clássico.

Para tanto, propõe-se enfrentar ponderações acerca do estado dos princípios ou moralismo jurídico como contaminantes do ato jurisdicional para chegar-se, ao fim, justamente no tensionamento entre esse ativismo jurisdicional em face das estruturas originárias do estado democrático de direito.

Como se verá, o recorte doutrinário proposto permite a apropriação de marcos conceituais sobre ativismo jurisdicional, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, Estado de Coisa Inconstitucional, análise principiológica, hermenêutica, direitos humanos, direitos sociais, teoria da constituição, acesso à justiça, democracia, sociologia jurídica das instituições judiciais, dentre outros importantes preceitos conceituais que foram postos no corpo do trabalho e que, por isso e dentro da construção textual, permitiram chegar às considerações finais postas adiante

#### **1. O CONSTITUCIONALISMO MODERNO – A PRESTAÇÃO TUTELAR EM OUTRA PERSPECTIVA**

Para além de uma discussão que se reduza a polos antagonicamente postos acerca da legitimidade ou não do Poder Judiciário, na efetividade vertical de políticas públicas afetas à segurança, é preciso fazer um enfrentamento crítico sobre as condições dessa nova realidade em que o ativismo judicial está presente na função jurisdicional. Muitas vezes é enfrentado como um rompimento ou uma violação aos limites funcionais do Poder, tanto para imiscuir-se no campo Legislativo, tanto para intrometer-se no campo Executivo e, inclusive, para invadir a Governança do Estado o que estaria atingindo a separação dos poderes do Estado, ao permitir que a função jurisdicional, em assim, não observasse a confiança para a qual foi estruturada.

Em assim agir, a atividade jurisdicional vem sofrendo severas críticas por parte da doutrina (RAMOS, 2010), porque segundo essa vertente de interpretação, adotada basicamente pela Escola Paulista na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, dentre outros trazidos no presente trabalho, que trazem o entendimento de que os limites da atuação do Poder Judiciário estão dentro dos próprios limites normativos, ou seja, do próprio direito vigente, a fundamentação de suas decisões deve sempre estar pautada, de acordo com as regras de hermenêutica adotadas para sua validade. Nesse sentido:

Se as decisões judiciais não são elaboradas livremente e se, tampouco, a discricionariedade do juiz é tão ampla quanto a do legislador, é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe que se há de buscar os critérios para a aferição do ativismo judiciário [...] (RAMOS, 2010, p. 134).

Ao voltar às premissas antes postas, particularmente sobre o controle em abstrato de constitucionalidade, o que vem sendo sentido como a preponderância de todo o sistema, bem como acerca da amplitude dos preceitos constitucionais, entende-se que:

A principal razão para tanto está na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim efetuado, do exercício da função legislativa, ainda que se trate, como já assinalado, do exercício de função jurisdicional. Com efeito, quer em uma hipótese como noutra, a decisão judicial sobre a validade da lei é emitida com efeitos gerais, ou erga omnes; de outra parte, quer no controle concentrado, que no controle abstrato em sistema difuso, registra-se a tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade; finalmente, a jurisdição constitucional, assim desenvolvida, interfere diretamente no conteúdo dos atos legislativos

controlados. O exercício da fiscalização de constitucionalidade, nas condições apontadas, é fator desencadeante do ativismo judiciário na medida em que o órgão de controle percebe tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição [...] Ademais, contribui como fator auxiliar da indução ao ativismo pelo controle concentrado ou pelo controle abstrato de normas a circunstância de que as normas parâmetro utilizadas pela Corte Constitucional (em sentido amplo) para apurar a validade da legislação fiscalizada são, em larga medida, máxime em sede de constitucionalidade material, normas-princípio, cuja formulação textual fluída permite ao órgão de controle maior liberdade de ação no exercício de sua função hermenêutico-concretizadora. A par disso, como já se constatou, o caráter eminentemente teleológico-valorativo dos princípios constitucionais e a força expansiva que lhes é inerente conduzem, com frequência, o órgão fiscalizatório ao balanceamento entre princípios de incidência simultânea para além de um simples ajuste entre os respectivos núcleos essenciais (o que competiria ao legislador fazer), bem como, ao desdobramento de seu significado de base, construindo disciplinas normativas que a eles se relacionam, mas que deles não decorrem (RAMOS, 2010, p. 277).

Pois bem, se a validade da atividade estatal jurisdicional está dentro do próprio ordenamento jurídico, se este ordenamento tem em seu ápice um Texto Constitucional aberto em suas definições e que permite o seu controle de forma abstrata, tal como sendo sentido nos últimos 20 anos, parece que não há como se falar em ativismo jurisdicional como um defeito ou vício procedimental da função estatal afeta. De tal sorte é possível conceber que, se há essa abertura e essa amplitude, o continente não é definitivo para o conteúdo.

E, se a semântica do Texto é tão ampla e os ferramentais estão postos, é possível falar de um ativismo impróprio? Parece que o que preocupa não é o ativismo em si, mas a sua falta de padrão, de parâmetro, e que quando utilizado pela análise de uma filosofia própria de valores, muda sua natureza jurídica para um agir deletério. Se a atividade jurisdicional é válida desde que fundamentada dentro do ordenamento jurídico, quanto mais aberto esse processo através de um sistema de cláusulas abertas e princípios que permitem a mais ampla hermenêutica, somando-se ao controle de constitucionalidade que igualmente permite ampla atuação, parece evidente que se legitima a atividade judicante pelo ativismo. Assim, afastando o preceito de que a atividade jurisdicional precisa estar conformada ao direito e ao sistema afeto, o que permite romper as fronteiras que acabam por ser pretensamente construídas por meio da interpretação dessas cláusulas abertas por parte de seu aplicador, no caso, o Poder Judiciário. Ou seja, o direito, como um todo, não é o que diz a norma, mas o que interpreta, fazendo que aquele núcleo, fundamentado no

direito positivo de Kelsen (2006), viesse a ser afastado em favor dos limites que estão abaixo da própria função jurisdicional que apareceram como essência e razão do ativismo.

Nesse ponto, o Ministro Alexandre de Moraes apresenta os aspectos fundamentais que deram vazão ao ativismo na jurisdição dentro da experiência brasileira:

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos erga omnes e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçada dos Poderes Legislativo e Executivo.”. Prossegue o ilustre constitucionalista: “Principalmente, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme a Constituição, declarações de nulidade sem redução do texto, e, ainda, mais recentemente, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do ordenamento jurídico, mas também em relação à sua interpretação, acabaram por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte Suprema em verdadeiro legislador positivo (MORAES, 2012, p. 801).

Diferente do modelo norte-americano, em que o ativismo jurisdicional está na pauta da discussão, o avanço do poder jurisdicional no Brasil é recente. E o marco temporal que identifica isso é após a Constituição Federal de 1988, em que se estabelece uma nova ordem constitucional, com novas diretrizes de gestão e governança e, igualmente, com novas funções estatais, o que vem ser percebido também com as emendas constitucionais 3/1993 e 45/2004 e com as Leis 9.868/99 e Lei 9.882/99.

Desde então, é possível perceber que dentro de um Texto Constitucional em que as mais variadas pautas estão inseridas, todas, ao abrigo de cláusulas e princípios amplos e diversos, há um deslocamento do local de debate para dentro do processo de controle da constitucionalidade. O que é fortalecido pelo caráter da abstração, que afasta a redução aos mecanismos procedimentais e permite a aplicação da legitimidade para a propositura da pretensão protetiva, até então, na titularidade exclusiva do Procurador Geral, reduzindo a importância do controle difuso,

possibilitando que “praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas” (MENDES, 1999, p. 78).

Logo, e com essa amplitude e abertura, é de reconhecer que a função jurisdicional passa a avocar a si o debate que era, originariamente, típico do processo político democrático representativo. Essa mudança de campo, que permite a interferência da atividade jurisdicional sobre os campos Legislativo e Executivo e, por decorrência, da conformação da vontade política, traduz-se em transformar alguma coisa, no caso a política, em uma metodologia própria de processo judicial. Daí a judicialização. Essa ressignificação permite apontar que não há só uma transferência do campo da formação da decisão, mas há uma mudança na forma que se realiza, passando a ser compreendida dentro de uma metodologia de natureza jurídico-processual que compreende os limites processuais das ações diretas e nas arguições de descumprimento de preceitos fundamentais, porque é aí se se realiza o grande e efetivo enfrentamento acerca da necessidade, da utilidade e da executividade, no caso, das políticas públicas. Basta ver, nesse sentido, o julgamento das acima citadas ADPFs 45 e 347.

E sendo essa uma nova realidade na atividade jurisdicional, é importante ver algumas das razões e alguns dos motivos de ordem técnico-jurídica, tal como as premissas antes ditas, para que a função jurisdicional tenha ganhado espaço e campo. Uma das razões reside no enfraquecimento da própria democracia sob o viés do sistema representativo experimentado na quase totalidade dos países ocidentais. No Brasil, o Poder Judiciário adentrou ao campo do Legislativo e do Executivo, muitas vezes, pelo discurso da ineficiência desses no cumprimento dos objetivos de geração de normas e de programas para efetividade de direitos sociais e prestações positivas para tal fim para tornar, assim, efetivas as promessas da Constituição. Nesse sentido, Vieira explica, quando enfrenta esse esvaziamento no sistema representativo democrático:

Uma segunda corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos (VIEIRA, 2008, p. 443).

Também, nesse sentido, Galvão enfatiza que:

Depois de 1988, com o fim do período ditatorial, a Suprema Corte tem decidido questões próprias dos poderes democraticamente eleitos. Esse fenômeno deve-se, entre outros, a dois motivos preponderantes. Em primeiro lugar, o poder constituinte e o legislador ordinário vêm alterando atribuições do Supremo Tribunal Federal por meio de edição de emendas constitucionais e de leis federais, de sorte a estabelecer um novo regime de jurisdição constitucional, que concentra poder político nesse órgão de cúpula do Judiciário. Esse novo regime privilegia o controle de constitucionalidade centralizado em detrimento do modelo de controle difuso, originalmente adotado pelo Brasil em 1891. Em segundo lugar, nos últimos anos, o próprio Supremo Tribunal Federal tem-se revelado cada vez mais “ativista”, à míngua de críticas por parte da opinião pública (GALVÃO, 2011, p. 366).

Nessa mesma interpretação, Ferreira Filho aponta, ao abordar o que chama de fenômeno de atividade expansiva dos magistrados ou ativismo judicial, e elenca três fatores como sua causa:

Uma, de ordem técnico-jurídica, é a expansão do controle judicial das políticas e atos administrativos, particularmente por meio da aferição de constitucionalidade. Outra, de ordem sócio-política, reflete o desprestígio dos “políticos”, em face do prestígio dos magistrados como uma “aristocracia togada”, quer dizer, o contraste entre uma “plebe” despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral. Uma terceira, também de ordem sociopolítica, intimamente ligada à anterior, é auto-percepção dos magistrados como elite, com responsabilidade de trabalhar para o bem comum. [...] Entretanto, a elas se soma o “estilo” da Constituição de 1988, suas ambiguidades, seus defeitos de redação, a imprecisão de sua linguagem, abundância de princípios cogentes, e, sobretudo, a multiplicação de instrumentos judiciais de atuação ou controle sobre as políticas de governo e sobre o proceder dos demais Poderes (FERREIRA FILHO, 2012, p. 222-223).

Também apontando a Constituição de 1988 como o marco temporal em que passa a ser sensível o chamado ativismo judicial, Dimoulis refere:

[...] afirma-se que a principal característica da experiência jurídica brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o fortalecimento do Poder Judiciário, segundo uma tendência que se manifesta em vários países, mas adquiriu particular intensidade no Brasil.



O Judiciário concretiza a Constituição, aplicando-a diretamente em casos concretos, de acordo com aquilo que os Tribunais consideram como conteúdo dos princípios constitucionais. Isso criou o referido protagonismo do Poder Judiciário, simbolizado pela recente mediação do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação cotidiana tornou-se notícia central, sendo frequentes reportagens e entrevistas sobre os posicionamentos políticos e até mesmo sobre a vida privada de seus integrantes. [...] Essa mudança no equilíbrio entre poderes estatais tornou a atividade desenvolvida pelo Judiciário mais próxima da atuação do legislador positivo. O Judiciário muitas vezes supre lacunas deixadas pelo legislador ou até decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais, suprimindo também omissões do Legislativo. Temos uma situação, rotulada de ativismo judicial, que recebe os aplausos de grande parte da doutrina nacional, sendo minoritárias as críticas (DIMOULIS, 2012, p. 262).

Portanto, o que se nota por parte da doutrina, até aqui, ao explicar o fenômeno do ativismo, transita pela explicação da aplicação dos princípios constitucionais, que, como orientações principiológicas, oportunizam a atuação ativista no Poder Judiciário, o qual interfere no espaço Legislativo e Executivo, avocando-se funções não-originais, legitimando sua atividade dentro de cláusulas abertas e um poder de controle abstrato da constitucionalidade. Essa postura não se desenvolve sem a necessária crítica em relação ao modo de procedimento desses princípios de textura aberta, o que permite sua utilização sem parâmetros e regramentos claros e objetivos, oportunizando um achismo jurisdicional para dizer do direito o que se pensa, transbordando o seu núcleo essencial na função da justiça originária, para permitir-se adentrar ao campo da atividade legiferante e executiva.

Nota-se, também, que é possível aderir uma possível desestruturação de um método hermenêutico de interpretação e aplicação do Direito para, assim, dizer o que o próprio direito não disse, como será enfrentado adiante, para nessa agir, fazer aparecer critérios pessoais, subjetivos e voluntaristas de interpretação e de aplicação do direito ao caso concreto ou até do afastamento de sua cogência por critérios pessoais de hermenêutica e de interpretação, como explica Leal:

A incorporação da jurisdição constitucional à jurisdição ordinária, proporcionada a partir da concepção monista ou unitária de Hamilton sobre a função judicial, gera preocupantes repercussões no funcionamento do sistema político. Além de conferir ao Judiciário posição proeminente no arranjo institucional, reconhece aos órgãos que têm função de aplicar a lei ao caso concreto a prerrogativa de se recusar a fazê-lo, mediante a construção de uma suposta ofensa ao texto constitucional. Basta à autoridade judicial, mediante o uso de um “álibi constitucional ad hoc”, erigido a partir da abertura proporcionada por

princípios constitucionais de amplíssima textura, afastar diploma legal que – segundo seus interesses, sentimentos e convicções – configura óbice para uma “justa” resolução do caso (LEAL, 2011, p. 599).

A realidade da casuística forense brasileira tem sido bem mais rica do que o academicismo possa pensar, agregue-se a isso os efeitos erga omnes atribuídos a decisões vinculantes produzidas em sede de controle de constitucionalidade, a edição das súmulas vinculantes, as decisões proferidas em ações de constitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, com a possível modulação dos efeitos, em decisões que tem sido verdadeiros exemplos de ativismo jurisdicional.

E, é justamente dentro dessa dicotomia que se parte para a análise desse viés funcional, cada dia mais frequente.

## 2. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO: TESE, ANTÍTESE E CAMPO

Giddens (2012, p. 212), ao explicar a teoria sobre a inquietação social de Blumer, considera que todos os tipos de movimentos sociais são motivados pela insatisfação com alguns aspectos da sociedade vigente, e que em razão disso, sempre buscam corrigir os motivos da inquietação e descontentamento, na tentativa de construir “nova ordem de vida”.

A redemocratização do Judiciário é fruto de toda uma reconstrução histórica e social de origem italiana, percebida nas obras de Cappelletti e Garth (1985). Esses autores apontam que o acesso à prestação tutelar do Estado, a contar da década de 80, vinha sendo gradualmente ampliada e efetivada, como decorrência natural de ferramenta à efetividade de direitos humanos e sociais no plano organizacional e no plano procedimental, através de políticas públicas e sociais de acesso e assistência aos hipossuficientes, jurisdição em massa através de processos coletivos e com interesses difusos e, ainda, medidas conciliatórias levadas a efeito por não-técnicos jurídicos.

Esse movimento naturalmente chega ao Brasil, que adota essa perspectiva

para uma função jurisdicional que dialogue com o novo constitucionalismo pós-positivista e que ganha conceituações tipo neoconstitucionalismo, pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo jurídico<sup>9</sup>, como uma tentativa de entender o que há de novo no pós Constituição de 1988 e que, a contar de então, legitime as novas funções jurisdicionais do Estado. Pós Texto de 1988, a rigidez de definições e clareza contidas no sistema anterior vai sendo desconstruída para dar lugar a uma amplitude semântica do próprio Texto. Sobre essa incerteza, o Ministro Barroso constata:

Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus. [...] Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial (BARROSO, 2007, p. 130-131).

Para uma praticidade de construção do texto, opta-se por adotar, tão somente a expressão neoconstitucionalismo de forma a representar todas as outras nomenclaturas encontradas na doutrina, tais como pós-modernidade jurídica, pós-positivismo, constitucionalismo contemporâneo e ainda neoliberalismo jurídico.

Historicamente, é possível perceber que vários fatores permitiram o surgimento do neoconstitucionalismo, dentre eles, Francisco identifica:

[...] a inserção de princípios nas Constituições pós-segunda grande guerra, as quais com o fortalecimento das Cortes Constitucionais contribuíram para a valorização da justiça material e de medida contra o arbítrio do legislador ordinário; a formação de blocos transnacionais, dentro dos quais a abertura semântica dos enunciados permitiu a adaptação à realidade de cada um dos países; o pluralismo das relações sociais, e, por último, a incapacidade do legislador de prever a totalidade das situações fáticas dentro de uma sociedade dinâmica e complexa (FRANCISCO, 2012, p. 50,59, 60-61).

---

<sup>9</sup> Esses conceitos aportados de neoliberalismo jurídico, pós-modernidade jurídica, pós-positivismo, constitucionalismo contemporâneo, nada mais são do que sinônimas encontradas em diversas doutrinas, como aponta Eduardo Cambi, para tratar basicamente de um ressurgimento de idéias a contar de uma perspectiva crítica, não guardando proximidade com o neoliberalismo de ordem econômica, termo de origem britânico, próprio da doutrina econômica. Não se detém, aqui, em uma análise aprofundada sobre, justamente para manter o objeto da pesquisa, ressaltando que a indicação no texto tem a intenção tão somente de referir essa terminologia posta na doutrina como sinônimo do constitucionalismo contemporâneo – o neoconstitucionalismo.

Ou seja, o neoconstitucionalismo é proveniente de uma necessidade histórica, de romper com o estado das coisas em termos de prestação de tutela jurisdicional, e não um mero artifício ou argumento de retórica teórica. Com essa perspectiva, é possível perceber que o neoconstitucionalismo apresenta padrões incertos, abertos e amplos, vagos e imprecisos, simetricamente postos em relação aos novos padrões do Texto Constitucional.

A incerteza apontada por Barroso (2007) é tanta que sequer há uma definição do que é, propriamente, o neoconstitucionalismo, que pode ser interpretado como movimento ou como escola de pensamento, muito mais se aproximando de um método hermenêutico ou de uma base teórica. Nesse sentido, Ramos ressalta que:

O neoconstitucionalismo não chega a caracterizar um movimento ou escola, dada a falta de aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados ou de propostas, constituindo, quando muito, um viés teórico do Direito Constitucional (RAMOS, 2010, p. 279).

Ou também a referência sobre a indefinição conceitual aportada por Francisco, permitindo um sentido de algo difuso ao neoconstitucionalismo.

Essa diversidade de conceitos de “neoconstitucionalismo” é consequência da associação dessa expressão a vários movimentos, vinculando diversas ideias tais como aplicação direta de princípios constitucionais aos casos concretos, fortalecimento do controle de constitucionalidade, busca de justiça na aplicação do direito, novas relações entre direito positivo e moral, neopositivismo ou pós-positivismo, ponderação e teoria da argumentação (FRANCISCO, 2102, p. 49-50).

E como base teórica, produz transformações que podem ser sentidas na aplicação do direito constitucional, tais como: a) com o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) com a expansão da jurisdição constitucional; c) com o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2007, p. 134). Por técnica de hermenêutica constitucional, o Ministro Barroso (2007) indica uma superação do exercício clássico de submissão do fato jurídico (base concreta) à norma (base abstrata), o que exigiria, como exigiu até então,

um perfeito amoldamento do fato ao tipo.

A nova realidade pós 1988 estava para além desse exercício ou desse modelo e começou a exigir do juiz uma atuação hermenêutica de interpretação por “pelas cláusulas gerais, por princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação” (BARROSO, 2007, p. 138).

Essa abertura hermenêutica permite perceber uma revalorização de padrões morais como integrantes do Direito Constitucional, em contraposição ao juspositivismo que efetuou a separação.<sup>10</sup> Se o positivismo é deixado de lado, porque não atendeu às expectativas que a sociedade fazia e faz do Direito, e por consequência do Judiciário, parece evidente que a revalorização de preceitos morais, inseridos dentro dos padrões abertos do novo Texto Constitucional, acaba por oportunizar o que Cambi indica como uma “ruptura dos limites entre Direito e moral”.

O neoconstitucionalismo promove a reaproximação do direito com a moral, buscando a concretização de valores compartilhados por toda a comunidade, em um certo momento e lugar, a fim de legitimar o exercício do direito enquanto instrumento de poder. [...] Rompe-se, portanto, a separação entre direito e moral, em favor de um gradualismo entre ambos, a ser buscado por intermédio de consensos a serem elaborados discursivamente, com o escopo de tornar possível a tese do construtivismo ético, a partir de parâmetros constitucionais (CAMBI, 2019, p. 137).

Cambi entende que há a necessidade de uma atuação proativa do Judiciário para a promoção de direitos fundamentais e que só assim será possível uma verdadeira justiça social por meio do processo, oportunizado por enxergar a tutela jurisdicional para além do mero exercício de submissão do fato à norma.

E é por isso que o Judiciário, enquanto poder, vem se moldando historicamente por esses influxos das políticas públicas para dar forma ao Estado, que atenda à perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, como derivativo de acontecimentos históricos e sociais do reconhecimento de direitos sociais e fundamentais. Não é por outra razão, para quem adota as identificações conceituais,

---

<sup>10</sup> O neoconstitucionalismo propõe um modelo teórico para explicar o Estado Constitucional de Direito, caracterizando-se por negar teses juspositivistas da separação entre Direito e moral, procurando indicar parâmetros claros de concretização normativa que sofram o influxo de vetores metajurídicos (FRANCISCO, 2012. p. 17).

o discurso de Cambi (2019) quando fala do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo, apontando para o protagonismo do judiciário como uma forma de deslocamento da responsabilidade na promoção de direitos sociais.

Já em 1995, Santos alertava para essa leitura sobre o necessário protagonismo:

Nestes países, que passaram por processos de transição democrática nas três últimas décadas, os tribunais só muito lenta e fragmentariamente têm vindo a assumir a sua corresponsabilidade política na actuação providencial do Estado. A distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nestes países, enorme e os tribunais tem sido, em geral, tíbios em tentar encurtá-la. Os factores desta tibieza são muitos e variam de país para país. Entre eles podemos contar sem qualquer ordem de precedência: o conservadorismo dos magistrados, incubado em Faculdades de Direito intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade; o desempenho rotinizado assenta na justiça retributiva, politicamente hostil à justiça distributiva e tecnicamente despreparada para ela; uma cultura jurídica “cínica” que não leva a sério a garantia dos direitos, caldeada em largos períodos de convivência ou cumplicidade com maciças violações dos direitos constitucionalmente consagrados, inclinada a ver neles simples declarações programáticas, mais ou menos utópicas; organização judiciária deficiente com carências enormes tanto em recursos humanos como em recursos técnicos e materiais; poder judicial tutelado por um poder executivo, hostil à garantia dos direitos ou sem meios orçamentais para a levar a cabo; ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para a defesa dos direitos; um direito processual hostil e antiquado (SANTOS, 1995, p. 33).

Esse protagonismo jurisdicional se refere ao deslocamento da responsabilidade pela efetividade dos direitos sociais assumidos pelo Estado Constitucional, que atribui ao Judiciário a função de efetiva promoção de sua aplicação social, tendo como premissas básicas, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e outros princípios fundamentais trazidos na Carta. E, pela abertura do Texto, nota-se que o Judiciário também passa a ser o “fiel” entre a moral e o direito.

A essa conclusão também chega Cambi (2019, p. 120-121), quando refere que a “atividade interpretativa do juiz, pois, não deve se prender a um sistema hermenêutico fechado, devendo ser levado em consideração o contexto histórico social e interdisciplinar”, que significa “aproximar o magistrado de questões políticas, imprescindíveis a uma interpretação axiológica do direito, desmitificando o mito da neutralidade do juiz”.

O pensamento de Cambi (2019) traz hoje a mesma leitura feita

anteriormente por Santos (1995), de que com a abertura conceitual e hermenêutica, o processo poderá ir além de sua forma tradicional e ser ferramenta de concretização de direitos sociais. E daí, é possível extrair algumas premissas importantes ao trabalho.

É possível perceber que há um protagonismo judiciário como um fato dado e que, segundo o neoconstitucionalismo esse comportamento da atividade jurisdicional permite uma função de prevalência em face das demais funções estatais.<sup>11</sup> Também é possível perceber que o Direito Constitucional apresenta um novo padrão hermenêutico, desafetado dos modelos até então tradicionais, vinculado a preceitos abertos e tangenciando preceitos morais, através dos juízos de ponderação.

Em relação às políticas públicas, destaca-se que o neoconstitucionalismo impõe para a função jurisdicional, questões fundamentais antes tão somente afetadas aos outros poderes estatais, porque vinculados ao que se tinha pelo projeto político do Estado. Isso passou a legitimar que a implementação de políticas públicas pelo Judiciário estivesse em consonância com os princípios Constitucionais não se traduzindo, por isso, em violação do princípio da separação de poderes e afronta ao Estado Democrático sequer sendo possível, também, pensar em ativismo jurisdicional como alguma conduta ilícita ou pejorativa, mas como uma realidade necessária jurídica e constitucional.

A natureza aberta do Texto Constitucional, que permite o exercício da jurisdição sob esse prisma, e isso é um fato incontroverso tanto por quem defende o neoconstitucionalismo ou por quem entende que esse é um ponto ainda pendente de resolução porque tensiona a própria estrutura do Estado, como se verá na sequência e antes de adentrar na Jurisdição Constitucional como lócus para o debate.

Se de um lado existem argumentos para legitimar o protagonismo jurisdicional através do ativismo, não menos verdade é que também existem legítimos

---

<sup>11</sup> Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes (BARROSO, 2007, p. 166-167).

argumentos contrários à tese trazida pelo neoconstitucionalismo por entender que se traduz em um risco ao Estado Democrático de Direito. Isso também se aplica à ideia de Constitucionalismo porque retiram do Texto os nortes estruturantes do Estado, deixando-os sujeitos à interpretação subjetiva e moral, do ator judicante no ato jurisdicional não para dizer o Direito, mas sim para fazê-lo segundo suas próprias perspectivas.

Não se pode dizer que o neoconstitucionalismo despreza o direito, mas a ele agrega valores morais de tal sorte que “[...] o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem” (RAMOS, 2010, p. 297). Esse mesmo autor reconhece o neoconstitucionalismo como um:

[...] jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categorias metafísicas ou do subjetivismo axiológico, para buscar a racionalidade argumentativa (à Alexy) ou na experiência histórica (à Dworkin) um mínimo de objetividade ética que permita a superação (em determinadas circunstâncias, apenas) da objetividade do direito legislado (RAMOS, 2010, p. 297).

Ou seja, o principiologismo que passa a contaminar toda a hermenêutica permite uma impregnação subjetiva aos atos decisórios jurisdicionais que, desde então, e em razão tanto da abertura do Texto quanto dos princípios que nele estão insertos, seja possível dar-se ao Direito a interpretação que se pretenda dar, porque não se encontra no sistema normativo, limites objetivos típicos do positivismo. O Direito, desde assim, deixou de ser o que é, para ser o que se pensa dele.

E é por essa contaminação de preceitos morais ou principiológicos do Direito que o próprio Poder Judiciário se vale para avançar suas atuações, ocupando espaços típicos das demais funções estatais, vez que o sistema de controle de constitucionalidade, hoje, tem amplo campo de abrangência, através, por exemplo, das ações diretas de constitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceitos fundamentais. Se material e formalmente há a possibilidade dessa atividade jurisdicional proativa, na verdade, não haveria ativismo (no sentido pejorativo) jurisdicional e toda a atividade da função judicante estaria legitimada para fazer efetivos os direitos fundamentais.

O equívoco, como refere Horbach (2007, p. 83), “decorre de problemas no



desenho institucional das funções no Direito brasileiro, bem como, a uma “crise de mentalidade”. Ou seja, nada há de novo no sistema principiológico pós Constituição de 1988, mas sim “seriam nada mais do que os tradicionais métodos de interpretação constitucionais com uma nova roupagem, a nova roupa do Direito Constitucional, em analogia à fábula de Hans Christian Andersen, A Nova Roupa do Rei” (HORBACH, 2007, p. 83). Em sua crítica, Horbach pontua:

Não sendo a “nova hermenêutica constitucional” uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico. À retórica perniciosa do “neo-constitucionalismo” e à vulgata brasileira da sociedade aberta dos intérpretes alia-se ainda um outro fator: A extensão analítica do texto constitucional e a indeterminação de muitos de seus preceitos (HORBACH, 2007, p. 88-89).

É possível perceber que a teoria neoconstitucionalista, segundo essa perspectiva, aproxima-se de um projeto ideológico em detrimento de um processo hermenêutico do Direito, porque, em hermenêutica nada inova. A crítica ao neo-constitucionalismo, ou antítese, tem como núcleo duro a hipervalorização dos métodos interpretativos, o que possibilita que o intérprete tenha um ato de escolha valorativa, ou seja, segundo suas pré-compreensões, suas pré-leituras de vida. E que, assim, há uma transferência em usurpação ao Poder Judiciário de ato de interpretação do anseio social que, na estrutura de um Estado Democrático, estaria afeta ao processo de escolha-representatividade.

No caso do Neoconstitucionalismo, está claro que se trata de uma teoria cujo principal foco é a substância das decisões. Sua vocação é ser uma teoria transformadora, voltada para a reforma da sociedade, valorizando o ativismo judicial e a mudança social em detrimento dos valores da democracia e da segurança jurídica (GALVÃO, 2010, p. 130).

Para bem ou para mal, o fato é que há um tensionamento entre os valores da democracia e a atividade jurisdicional pós Carta de 1988. E, como se nota, há fundados argumentos para legitimar ambas teorias. Também é possível perceber que o avanço do Poder Jurisdicional tem se mostrado mais claro a contar da própria

redação do Texto e dos instrumentos procedimentais existentes para o controle da constitucionalidade, sendo que esse crescente protagonismo decorre da apatia do próprio sistema representativo.

Foi natural que o processo levasse para dentro do Judiciário o campo de debate dessas questões, tornando-o o local da discussão sobre as pautas fundamentais da sociedade, para além de uma análise do Direito num sistema fechado que, por isso, perdeu-se no tempo e foi deixado para trás, como alertaram Atienza e Manero (2017) no artigo “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, ao dizer o positivismo, tal como concebido, e guardada a sua importância na construção da história do direito, que contemporaneamente se mostra incapaz de servir como ferramenta na nova realidade do Estado Constitucional.

Assim, até agora, trabalhou-se a aproximação da hermenêutica constitucional aos fundamentos do próprio Texto, de característica aberta, impreciso e que orienta, como um todo, as premissas principiológicas e que é o fundamento do neo-constitucionalismo. Também, enfrentou-se os ferramentais postos no neoprocessualismo que amplia o controle de constitucionalidade, quanto das Emendas que foram agregadas.

E, como sequência necessária, o trabalho vai analisar o campo onde esse debate vem sendo travado, visto que o Poder Judiciário, principalmente suas cortes superiores e dessas, a Corte Constitucional, tem se tornado o local dessa discussão, traduzindo os valores e os conteúdos às normas constitucionais, servindo essa estrutura estatal, por isso, como o “médium dos valores da própria sociedade” (FERREIRA, 2014, p. 88).

Porém, antes de adentrar ao campo jurisdicional, é importante perceber que, durante todo o trabalho, trabalhou-se sobre a sobrevalorização dos valores, principalmente os subjetivos, morais. E, por isso, entende-se que é importante apropriar-se do sentido de valor porque ele é sopesado no ato decisório, daí a subjetividade. Para tanto, toma-se por base a obra de Schmitt, quando afirma que:

[...] el valor no es, sino vale [...] el valor, sin embargo, implica un afán muy flerte a la realización [...] El valor tiene realmente ansia de actualización. No es real, pero está relacionado con la realidad y está al acecho de ejecución y cumplimiento (SCHMITT, 1961, p. 68).

Nessa mesma linha, Reale (2002, p.187) explica que “do valor se pode dizer apenas que vale”. Além disso, também indica as características que integram a sua estrutura, dizendo que são bipolares “porque a um valor se contrapõe um desvalor” e, também que são dotados de implicação, “no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais” (p. 189). Reale ressalta que se caracterizam pelo que nomina de “referibilidade”, ao que atribui o significado de que “o valor implica sempre uma tomada de posição do homem e, por conseguinte, a existência de um sentido” (p.190). Na sequência, afirma que os valores apresentam certa hierarquia onde “toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou ordenam” (p. 190).

Se os valores trazem elementos como a bipolaridade, a referibilidade, a implicação e a hierarquia, entende-se que são formas de orientação para a tomada de decisões, para a orientação de condutas, de escolhas, inclusive de refutações, quando se pretende trazer algo do imaginário para a realidade. São eles, os valores de cada um, que contaminam subjetivamente o ato de escolha ou de tomada de decisão.

Ao adotar essa premissa e imaginar sua realidade no plano concreto, compreende-se que a interpretação do Direito em um sistema que apresenta uma normatividade aberta e suscetível a cotejos subjetivos, a uma narrativa principiológica em detrimento do normatizado, ainda que essa narrativa principiológica tangencia a análise de valores, concebe a função jurisdicional de intérprete de moral subjacente. Atribui importante significância na análise dos atos jurisdicionais que, diante disso, são atos de escolha, porque pelo modelo contemporâneo, as Cortes passam a exercer amplamente o processo de interpretação do Direito e a tradução de valores sociais, bem como sua aplicação aos fatos, processo através do qual é adotado para dizer aquilo que o próprio Constituinte deixou lacunoso.

Assim, recorta-se a pesquisa de campo às decisões do STF por se tratar, ao fim e ao cabo, do órgão jurisdicional com o encargo do controle constitucional e onde têm competência, as ações e demais ferramentais afetos à tanto. Optou-se por restringir a análise às decisões dessa Corte porquanto, em um país continental, com

múltiplas culturas e influências, os valores apostos nas decisões jurisdicionais são diversos e, por isso, acabam por aportar na Corte Constitucional para a efetiva e definitiva aferição da constitucionalidade.

A Corte, nos últimos anos, tem apresentando um protagonismo impar na história jurisdicional brasileira, enfrentando assuntos diversos da agenda social, econômica e política, tudo por força e fruto da abertura do Texto e dos instrumentos processuais aptos a tanto, o que dá uma nova dimensão ao ponto de equilíbrio entre os Poderes do Estado e acaba por trazer o Poder Judiciário para o centro deliberativo da sociedade.

Por isso, e do que se tem apropriado por marco teórico, é possível identificar que o Judiciário, tanto como uma consequência do neo-constitucionalismo e pelo neoprocessualismo, deixou de ser um poder neutro, que, no exercício de submissão do fato à norma, resolveria conflitos intersubjetivos. Desde então, e no constitucionalismo moderno, passou a adotar comportamental de agir ativa e propositivamente no âmbito político, para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais. Nesse sentido, Campilongo destaca que:

[...] além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo de atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não aparece mais como o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrio entre interesses supra individuais (CAMPILOGO, 2002, p. 49).

Porém, esse agir ativista tem um preço a ser pago e leva, invariavelmente, para a politização da justiça no ato de decisão, podendo os conflitos políticos influenciar fortemente as decisões judiciais, comprometendo a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário, o que leva, necessariamente, a analisar esse novo comportamento do Poder Judiciário protagonista.

## **CAPÍTULO IV – O PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO CAMPO DE DISCUSSÃO POLITICA**

O Judiciário vem sendo demandado pelos influxos das políticas públicas para dar forma ao Estado, buscando que esse atenda à perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, como derivativo de acontecimentos históricos e sociais do reconhecimento de direitos fundantes.

A perspectiva do Estado de Direito apontada historicamente por Kelsen (2006) nos países ocidentais, destaca como marca preponderante, a submissão do próprio Estado ao império da Lei, à divisão e à autonomia dos seus poderes, de tal sorte que, na concretização das políticas públicas, sob a influência dos princípios constitucionais apropriados no campo jurídico pelo pós-positivismo, faz valer a análise pormenorizada da intersecção entre a ciência jurídica (pela aplicação concreta de principiologia constitucional, leis e jurisprudência) e a ciência política (pelo estudo do poder do Estado, dos seus atores políticos), no campo econômico e social.

O resultado desse exercício é que a função jurisdicional do Estado está em constante teste em face da governança (executivo) e da legiferação (legislativo), enquanto titulares da ordinária legitimidade representativa no Estado Democrático de Direito. O Judiciário, por isso, deixa de ser mero expectador e passa a ser agente político.

E é em razão disso que se propõe o presente capítulo, para conhecer em que campo se constrói a decisão da efetividade das políticas públicas, onde se dá o ativismo judicial e os vícios contaminantes do ato decisório.

### **1. O JUDICIÁRIO ENQUANTO PODER - A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA OU A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Conforme refere Vauchez (2017, p. 40), o Judiciário sempre esteve desafetado das “questões da filosofia moral (o sentimento de justiça e a figura do terceiro imparcial sendo consideradas como invariantes antropológicas)”. Esses preceitos filosóficos afetos à moral sempre foram muito mais ligados às funções executiva e legislativa do

Estado. Refere, ainda, que o Judiciário está em contraposição ao circuito do discurso político.

É interessante perceber que o ponto de tangenciamento entre a justiça e a política, e seus respectivos espaços de fala, causam um debate público que se alicerça, basicamente, na estrutura funcional de um e de outro e na estrutura organicista de ambos. A representação das relações pressupõe territórios de competências específicas a cada um na estrutura do Estado, ou seja, um conjunto de funções que cada um exerce, de maneira mais ou menos autônoma entre si.

Na dinâmica do desenvolvimento social, é inafastável que em dado momento, pontualmente na concretude de políticas públicas sociais afetas à realização efetiva de direitos sociais, depare-se com um ponto de contato que irrita a essência funcional, que constrói um campo neutral, híbrido, onde reside um discurso de legitimidade para um governo do Judiciário e, também, de uma justiça política intimamente ligada a fundamentos valorativos de ordem subjetiva que caracterizam, como visto, o neo-constitucionalismo.

Max Weber, citado por Vauchez (2017), ressalta que o processo de dupla racionalidade burocrática e jurídica indica que a justiça, enquanto poder, é definida como exterior à vida política, a ultimar o reconhecimento de que o Judiciário é uma função estatal externa ao circuito eleitoral e que, por isso, não tem legitimação político eleitoral, representativa, e que atenta ao corpo técnico profissional que ascendem por concurso. Da premissa, portanto, que o Judiciário é uma instituição alienígena ao processo eleitoral e, em se tratando da Corte Constitucional, o processo de escolha ainda é mais comprometido por conta da interferência direta da nomeação pelo Presidente da República, não lhe é atribuída, essencialmente, qualquer marca de representação e o torna imune ao processo eleitoral.

Todavia, o ativismo protagonista e propositivo do Judiciário, hoje, é uma realidade e exerce papel importante na estrutura do Estado, razão pela qual é constante objeto de lutas políticas. Nesse sentido, Vauchez (2017, p. 46) destaca: “[...] ela (a Justiça) interfere e afeta o funcionamento de um conjunto de espaços políticos e sociais. [...]” judicializando a essência da política. Explica, ainda:

Em primeiro lugar, porque ela compreende fenômenos largamente independentes uns em relação aos outros. Alessandro Pizzorno (1998) listou ao menos cinco: 1) a participação crescente do juiz na criação da lei; 2) a tendência dos órgãos legislativos e administrativos de delegar poderes ao Poder Judiciário; 3) o alargamento o acesso dos cidadãos a justiça para resolver as controvérsias que eram tradicionalmente da competência de outras autoridades; 4) a instituição do controle de constitucionalidade; e 5) o aparecimento e expansão da política do controle e da correção política ou “controle de virtudes pelos juízes” (PIZZORNO, 1998). Em segundo lugar, porque o termo parece indicar uma evolução inexorável das sociedades democráticas, mesmo que se trate de fato de processos dificilmente mensuráveis – e isto especialmente por conta das mudanças dos indicadores estatísticos ao longo do tempo (SERVERIN, 1999), desigualmente constituídos e sempre reversíveis. Os exemplos do uso do véu nas escolas francesas ou da bioética (caso Peruche<sup>12</sup>), por um período abandonado as jurisdições antes de ser retomado politicamente, ou, em outro sentido, a descriminalização de certos delitos (abuso de bem público, eutanásia) ou da desjudicialização de certos procedimentos (a confissão de delitos, a mediação), são suficientes para ilustrar que se trata de um processo linear nem unívoco. Em terceiro lugar, por a expressão judicialização deixar supor uma evolução na qual os juízes seriam os únicos – ou os principais atores – impondo-se do exterior nos universos sociais tocados pela moda dos contenciosos (VAUCHEZ, 2017, p. 46).

Não se vê no direito (ou pouco se vê) sobre políticas de respeito às Constituições, às normas e às leis. Há um sentimento, uma crença de que, estando normatizado, dá-se por suficientemente tutelado. O processo legiferante é no sentido de dar à sociedade uma resposta positiva de cunho protetivo. Basta ver os fatos sociais e as suas repercussões no processo legislativo (Lei Maria da Penha para reduzir a violência na ambiência doméstica, não reduziu. Nova Lei de Trânsito para reduzir a violência no trânsito com pesadas penalidades, não reduziu. E por aí vai).

Fruto da prática, a judicialização continua contaminada por um discurso positivista e não faltam argumentos para justificar sua existência. Seja o cunho positivo da normatização, para reconhecer o Estado de Direito em substituição da arbitrariedade, reconhecimento de direitos individuais em contraposição aos direitos do Estado, ou até o cunho negativo da normatização, com o governo dos juízes ou a judicialização massiva das relações sociais. Ao pensar no campo jurídico, essas recomposições funcionais decorrem de rearranjos eurocêntricos de um catecismo

---

<sup>12</sup> O “caso Peruche” se refere à decisão da corte de apelações da França, em 2001, no sentido de que crianças com deficiência têm direito à indenização, nos casos em que suas mães não foram alertadas sobre as anomalias e não tiveram a opção de fazer um aborto. A decisão gerou um conjunto de reações entre ativistas e organizações contra a discriminação dos portadores de deficiências.

apolítico (VAUCHEZ, 2017) dos direitos fundamentais que reconhece o Juiz como um garantidor de legitimidade política.

Esse fenômeno, vinculado a uma nova perspectiva do Estado-social, que reconhece (e se reconhece) no constitucionalismo contemporâneo, no Estado de Direito e na busca de um julgamento justo, faz gravitar o pensamento como um catalizador de todo um discurso de revalorização da função judicial. Nesse sentido:

Essa revalorização da função judicial inscreve-se e apoia-se igualmente sobre a renovação paralela da teoria política liberal, que anuncia uma redefinição do Estado em torno de seu pilar judicial (CHEVALLIER, 1993). No quadro da crítica do totalitarismo e de suas raízes políticas rousseauianas e jacobinas – que se desenvolve a partir do final da década de 1970 – a afirmação do terceiro poder (Denis Salas) aparece como o caminho obrigatório de um questionamento do legicentrismo da tradição política republicana (lei como expressão da vontade geral). Fiéis a ideia segundo a qual a soberania apresenta-se sob uma forma plural (e não somente pela via do Parlamento), essa corrente posiciona o magistrado em uma situação central de árbitro entre sociedade civil e Estado. Dessa forma, concebido como guardião de promessas (Antoine Garapon) e sendo definido no pacto constitucional como regime de enunciação concorrencial da vontade geral (Dominique Rousseau) em função de uma delegação que lhe foi atribuída pelo constituinte, o Poder Judiciário se vê dotado de uma legitimidade política direta (GAUCHET, 1995). O desenvolvimento das teorias procedimentais da democracia também vai servir para reforçar essa reabilitação. Livre de suas justificações transcendentais, o Estado baseia sua legitimidade na capacidade de organizar circuitos de comunicação livres de influência para assegurar a mediação entre os interesses sociais envolvidos. Espaço privilegiado dessa deliberação no coração das instituições públicas (processos e procedimento judicial), a justiça aparece desde então como a mais capaz de encarnar os interesses gerais (ENGELMANN, 2017, p. 48-49).

Porém, esse discurso de uma nova ordem jurisdicional conflita com primados de apoderamento dos espaços de poder. Se por um lado servem os argumentos para um novo discurso, no espaço público, no que concerne à efetividade, de um Judiciário livre das amarras de um processo político; não menos verdade é que é crescente o aumento da pressão política exercida sobre o Judiciário, principalmente no âmbito dos Tribunais, onde seus membros são indicados por autoridades políticas – Presidente da República ou Governador – dentre uma listagem estabelecida, como ocorre nos Tribunais de Justiça (TJ), Tribunais Regionais Federais (TRF) e STF. Como refere Vauchez (2017, p. 46): “[...] os efeitos sociais das decisões judiciais devem muito aos grupos (profanos) que se apropriam do espaço jurídico e têm sucesso em modificar equilíbrios setoriais [...]”.



Nesse jogo, o agente jurisdicional, invariavelmente, acabará desempenhando sua função constitucional com duvidosa imparcialidade, já que suas decisões não observarão apenas a legalidade, mas, sobretudo, o impacto que poderá ocasionar na seara política e na gestão do Estado, além da satisfação de motivações de toda ordem subjetiva. O ex-Ministro Jobim refere isso ao dizer que “o Supremo deixou de ser árbitro para virar ator político”.

Tenho visto algumas decisões em que sempre se passa por um juízo de conveniência, de que é melhor assim que assado. Não compete ao tribunal o 'eu acho que é melhor'. A sentença não é o lugar para o juiz dizer o que ele acha, é para ele dizer o que a lei diz. E aí o que acontece é essa insegurança e esse problema todo (JOBIM, 2018, s/p).

Sarlet traz um exemplo paradigmático desse “problemaço” referido pelo ex-Ministro Jobim, ao referir o julgamento de Recurso Repetitivo que versava sobre os critérios jurisdicionais para o deferimento de tutela para o fornecimento de medicamentos fora da lista do SUS/ANVISA:

[...] a primeira Seção do STJ, em 25.4, concluiu o julgamento de recurso repetitivo, estabelecendo requisitos (critérios) para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Importa anotar, todavia, que os critérios fixados, em virtude da modulação dos seus efeitos, só serão exigidos nos processos judiciais distribuídos a partir dessa decisão. Em síntese, restou decidido que o Poder Judiciário poderá determinar ao poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

1 – Seja comprovado pela parte autora, mediante laudo médico fundamentado e devidamente circunstanciado (da lavra de médico que assiste o paciente), de que o medicamento pleiteado lhe seja imprescindível, necessário também demonstrar a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o efeito do tratamento pretendido;

2 – A demonstração da incapacidade financeira do demandante (paciente) de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (SARLET, 2018, s/p).

E, ao enfrentar a casuística, pontou posição já adotada pelo STF em 2010, quando do julgamento de “STA 175 (2010), não apenas já vinham sendo estabelecidos alguns critérios, como já foi reconhecida a Repercussão Geral da

matéria, designadamente nos RE - RG 566.471 e 657.718” (SARLET, 2018, s/p). Ao analisar esses Recursos Extraordinários é possível ver três posições de Ministros da Corte, que são bastante diferentes entre si.

O Ministro Marco Aurélio adota o entendimento de que o Estado somente poderia ser obrigado à prestação do direito social (no caso o fornecimento da medicação) quando a ausência dessa política pública estivesse violando o Mínimo Existencial. O seja, no seu entendimento, omissa o Estado na geração da política pública social específica, estaria legitimado o ato judicante a suprir essa ausência da política, com o fim de tornar efetiva a proteção ao direito social, desprezando o agir político acerca da identificação da necessidade da política pública.

O Ministro Barroso, por sua vez, entende que o Estado, em regra, não poderia ser demandado para implementar uma política social, mas que essa posição não é absoluta e comporta situações excepcionantes e condicionantes que são postas no voto.

Já o Ministro Fachin encerra a série de hipóteses pontuadas estabelecendo entendimento de que o Estado não pode ser compelido à implementação de política social, mas que estaria condicionando e restringido para essa intervenção judicante apenas na atividade de gestão quando violadas ou não executadas as políticas já propostas. Ou seja, adota entendimento de subordinação do ato jurisdicional ao agir político de identificação do problema social e adoção da política social específica para resolver o problema ou reduzir as externalidades como uma função essencialmente executiva ou legislativa e que, somente inobservada a política pública já posta, é que cumpriria o agir jurisdicional. Posição que é a da Corte quando se refere à implementação das políticas públicas em termos de segurança, como citado acima.

São três posições jurisdicionais, subjetivas a toda evidência, postas a partir de juízo valorativos de cada um dos Ministros da Corte Constitucional, acerca da legitimidade do ato jurisdicional a suprir ou a corrigir o agir político do Estado na formação e formatação da política pública específica.

Para o relator, ministro Marco Aurélio, o poder público apenas poderia ser judicialmente compelido a fornecer medicamento de alto custo não incorporado ao SUS quando demonstrado que se estaria a violar o mínimo existencial do paciente/pleiteante, o que, por sua vez, estaria configurado

com a presença de dois requisitos: a) a comprovação do caráter imprescindível do medicamento, no sentido de sua eficácia e segurança para o aumento de sobrevida e/ou melhora da qualidade de vida do enfermo, bem como a impossibilidade de substituição por fármaco constante das “listas” do SUS; b) a prova da incapacidade financeira do enfermo ou de sua família (em regime de solidariedade) para a sua aquisição, tendo como parâmetro as regras que regem o dever de prestação de alimentos na esfera cível. Já o ministro Roberto Barroso, em seu voto-vista, sustentou ser necessária — para a concessão via judiciária do medicamento pleiteado — a observância cumulativa de cinco requisitos: a) a comprovação da incapacidade financeira de o autor da demanda arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a prova da eficácia do medicamento pleiteado com base na assim chamada medicina baseada em evidências; e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS.

[...]

De acordo com o ministro Roberto Barroso, a regra geral deve ser a de que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamento não registrado na Anvisa, que atua precisamente na avaliação e certificação da segurança e eficácia dos medicamentos produzidos e/ou comercializados no Brasil.

[...]

O ministro Edson Fachin, por sua vez, também enfatizou ser em regra inviável obrigar o Estado a fornecer medicamento (e mesmo outros procedimentos) não reconhecidos e certificados pela Anvisa, salvo quando demonstrado em juízo o descumprimento dos controles fixados para a política regulatória (BRASIL, 2010).

Ou seja, não há uniformidade na corte acerca de critérios, tanto para a posição de uma determinada política pública, no caso acima sobre medicamentos ou entre políticas públicas pontuais, como é o caso de políticas públicas afetas à saúde ou à segurança pública. Assim, o importante é saber com que critérios serão fixados os critérios. Estariam as Cortes autorizadas a transpor o que aponta o Ministro Fachin, ou seja, a observância dos controles fixados pela política regulatória?

## 2. O ESTADO DOS PRINCÍPIOS – O MORALISMO JURÍDICO

Esse sistema aberto, de amplitude semântica acerca do Texto, com ferramentais próprios postos à disposição da Corte para a efetividade de direitos fundamentais estruturantes da dignidade da pessoa humana, tornou possível aproximar mais uma vez o direito de valores morais. Zagrebelsky, em seu artigo Estado Constitucional, refere que o tangenciamento do direito com os princípios na

verdade, não é uma escolha, mas sim é o estado da arte, externalidade do que ele considera como:

[...] consequência do caráter pluralista do estado constitucional, (onde) a nulificação dos princípios equivaleria nada menos que a contradição de sua promessa para instaurar um poder ordenador de uma só dimensão. Daí, a conclusão que o “direito pelos princípios” e as dificuldades que dele derivam não são, hoje, uma escolha nossa, mas uma necessidade com a qual devemos conviver, buscando a melhor convivência [...] (ZAGRBELSKY, 2011, p. 304).

E é também nessa leitura, a posição de Sundfeld que, todavia, aporta importante preocupação acerca do uso exagerado da escalada principiológica e da abertura do Texto:

Vive-se hoje um ambiente de geleia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. O objetivo deste capítulo é opor-se a essa deterioração da qualidade do debate jurídico. O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios, é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário, viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito. [...] Hoje, fala-se o tempo todo em princípios no direito público brasileiro. Essa moda tem três razões principais. Indeterminações aparecem aos montes na (ainda recente e sempre mudando) Constituição de 1988 e nas novas leis e, como a fábrica de princípios lança produtos sem parar, o trabalho de absorvê-los é permanente e ruidoso. Em segundo lugar, as pessoas estão cada vez mais dispostas a levar os princípios a sério como fonte de Direito – e as dificuldades que isso propõe são enormes. Por fim, a operação de um sistema com tal índice de incerteza normativa gera muita confusão (saber se a confusão é positiva ou negativa: eis uma questão!). Não é de estranhar que os princípios esteja cada vez mais na berlinda (SUNDFELD, 2011, p. 287).

Esse estágio evidencia que o local da tradução dos valores tem despertado interesses acadêmicos interessantes, tanto na filosofia política quanto no direito constitucional, e tem provocado toda uma análise sobre o ativismo jurisdicional e seus parâmetros, bem como de seu diálogo com o direito e a moral, o que sustenta o positivismo criativo reflexivo onde:

[...] a identificação de limites ao órgão responsável pela tarefa de

concretização, sutilmente, acaba por se deslocar de um plano exclusivamente jurídico-normativo para uma dimensão axiológica, externa ao ordenamento positivo (RAMOS, 2010, p. 88).

Assim, se o moralismo jurídico passou a ser fator de impulsionamento do ativismo jurisdicional, sendo que para o Poder Judiciário assumir essa função dentro de um controle de constitucionalidade, faz-se importante enfrentar a posição de Habermas (2017) e Ely (2010), guardadas as devidas origens em cotejo com a realidade nacional.

Rocha (2008, p. 181-182) explica que Habermas apresenta quatro princípios sobre o Estado de Direito, o primeiro deles o da soberania popular, pelo qual “os cidadãos devem criar suas próprias leis que os vinculam, mediante um processo político democrático institucionalizado”. O segundo, “ampla proteção jurídica do indivíduo, por meio de um Poder Judiciário independente”. O terceiro, o princípio da legalidade na administração pública, pelo qual “se garante a submissão de poder administrativo ao poder comunicativo”. E o quarto, “princípio da separação entre Estado e Sociedade”.

Nessa lógica, é possível perceber que há uma clara definição das funções estatais legiferante e judicante, onde a primeira externa a justificação da normatização, e a segunda, a aplicação com lógicas distintas de argumentação o que conduz à concretização de um outro princípio do Texto que é o da proteção jurídica externada pelo Devido Processo Legal, que promove a segurança do cidadão contra os arbítrios do Estado, bem como a aceitação e a submissão ao Poder Simbólico do Direito<sup>13</sup>, pela racionalidade das decisões judiciais. Logo, a função judicante enfrentaria limites na sua atuação no que diz respeito ao dever de respeitar os limites postos pelo processo legislativo de justificação, que se encontra na construção do direito pelo legislador.

Ocorre que essa posição de Habermas (2017) acaba por tensionar a questão acerca da legitimidade posta pelo neo-constitucionalismo e pelo neoprocessualismo da atividade da Jurisdição Constitucional como intérprete e

---

<sup>13</sup> Bourdieu reconhece como o Poder Simbólico do Direito esse papel de ser um instrumento de controle do comportamento dos indivíduos de uma sociedade, a fim de manutenção de uma determinada estrutura social e da rede de relações entre os agentes sociais, ingredientes da nova ordem social (BOURDIEU, 2007).

responsável acerca da definição da normatividade, pois, ante à amplitude semântica, vaga e imprecisa, cumpriria ao próprio Tribunal suprir a lacuna proposta pelo Texto no sistema brasileiro. Isso, através de um sistema de valores, de um moralismo jurídico, o que reconhece Habermas como a jurisprudência de valores do Tribunal Alemão e que, para o autor, “coloca a jurisprudência constitucional num estado de legislação concorrente” (HABERMAS, 2017, p. 312).

A prática da decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes do Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do direito (HABERMAS, 2017, p. 297).

Logo, se percebe que há uma natural refutação da ampliação da hermenêutica dos direitos para além do que é normatizado, fundamentando a sua aplicabilidade nos juízos de ponderação dos casos concretos. E esse discurso, ainda que em outra perspectiva, aplica-se à diversas realidades constitucionais, inclusive a brasileira, porque, basicamente, as normas possuem sentido deontológico e os valores sentido teleológico (BRANCO, 2012). Aderem a esse ponto as ponderações de Mendes e Silva:

Segundo Habermas, tanto a “jurisprudência dos valores” do Tribunal Constitucional alemão quanto a teoria dos princípios, de Robert Alexy, teriam como consequência aquilo que chama de perda do caráter deontológico das normas de direitos fundamentais, já que os valores (e os princípios), ao contrário do que ocorre com as normas jurídicas, possuem um caráter teleológico (DD I: 330). Com isso, o sistema jurídico perde uma das características principais, que, segundo Habermas, seria a “codificação binária”. Assim, ao invés de uma racionalidade baseada na dicotomia válido/inválido, o recurso a valores (ou a princípios) implicaria uma racionalidade estranha ao mundo jurídico, baseada em uma “codificação gradual”, ancorada em relações de precedência. Isso porque valores não estipulam deveres ou direitos definitivos aos seus destinatários, mas apenas uma relação de precedência entre si (DD I: 316). Em vista disso, valores não teriam a vinculação absoluta de uma obrigação universal e incondicional [...] Dois seriam os principais problemas desse sopesamento: em primeiro lugar, haveria o perigo de que o seu caráter teleológico e orientado pelo caso concreto pudesse levar ao sacrifício de direitos fundamentais, caso a caso, em favor de objetivos coletivos; além disso, o sopesamento entre valores ou entre princípios não seria um procedimento baseado em critérios racionais e, por isso, “seria realizado ou de forma arbitrária ou irrefletida. [...] substitui-se a decisão do legislador, que, ao criar uma lei, expressa a sua forma particular de interpretar a

constituição, pela opinião alternativa do juiz sobre o mesmo problema (MENDES; SILVA, 2008, p. 210-213).

Se a crítica de Habermas (2017) e de Mendes e Silva (2008) reside dentro da estrutura essencial da constitucionalidade, do neo-constitucionalismo, Ely (2010), sustenta uma forma de controle de constitucionalidade procedimental, deixando ao âmbito político a aferição dos valorativos morais na tradução de valores sociais. A razão básica de sua teoria é a desconfiança no ato decisório acerca de questões fundamentais na Corte Constitucional, principalmente pela sua concepção antidemocrática traduzida no afastamento do campo da discussão do debate público para o restrito âmbito processual. Diz Ely:

A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção sistemática na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos (ELY, 2010, p. 78).

Habermas (2017, p. 326) se manifesta sobre a ponderação de Ely, estabelecendo que “o tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os “canais para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza.”. Já Ferreira alerta que:

A análise do autor norte-americano é focada em especial na experiência da Suprema Corte norte americana, da qual foi auxiliar na era Warren, razão pela qual deve-se fazer a ressalva e o recorte necessário à sua crítica para sua transposição ou comparação ao nosso contexto, mormente pelo fato de que o jurista norte-americano faz uma análise da Constituição de seu país como de viés procedimental, de caráter constitutivo, e não como uma carta de direitos substantivos, o que torna possível e mais clara sua construção sobre o controle de constitucionalidade procedimental. Contudo, a crítica sobre a questão das Cortes Constitucionais como intérpretes e tradutoras de questões valorativas e abertas parece sim, na mesma linha do apontado por Jürgen Habermas, aplicável à nossa realidade, uma vez que ainda que com tons diferentes, mostram-se como realidades análogas (FERREIRA, 2014, p. 101).

Além de Ely (2010) e Habermas (2017), também a escola alemã de Frankfurt

estabelece crítica ao juízo de ponderação. Maus, em seu artigo “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. aponta que o Judiciário parece ter usurpado o poder de fala da sociedade ao pretender definir o alcance e a tradução dos valores morais da sociedade.

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. [...] A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida — tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia — como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma “teologia constitucional. [...] A transformação da Constituição em uma “ordem de valores” confere às determinações constitucionais individuais (por meio da “abertura” de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados (MAUS, 2000, p. 185).

O fato é que, ante a abertura do Texto, diante dos ferramentais aptos ao controle de uma constitucionalidade, da íntima conversa entre os princípios e os valores morais, permite que se enfrente o que Schmitt (1961), indicou como “A Tirania dos Valores”<sup>14</sup>, onde se apresentava uma nova valoração da teoria dos valores de Scheler, vinda da crise da descrença do século XIX. Apontava o constitucionalista alemão que, “con la invasión de ‘valores’ se provocó, en toda su agudeza, el problema de la disolución de conceptos y métodos jurídicos” (SCHMITT, 1961, p. 67).

Tudo passou, pois, a ser relativo e segundo a interpretação dada no momento e toda uma teoria de valores, o que estabelece uma certa preocupação sobre qual é o ponto de equilíbrio entre essa necessidade de uma atividade jurisdicional que seja incluyente e distributiva, ante à inércia dos demais poderes estatais e a contaminação do ato de concretude dessa atividade jurisdicional pelos valores subjetivos de cada

---

<sup>14</sup> A tirania dos valores, abordada por Schmitt, reside na condição subjetiva da lógica dos valores e dos riscos que sua lógica interpretativa traz em si mesma (SCHMITT, 1961).



decisor. Seria permitido ultrapassar a fronteira do conteúdo normatizado para, adentrando ao campo da incerteza, da amplitude semântica, conversar intimamente com o moralismo jurídico para implementar o projeto neoconstitucionalista.

### 3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO X ATIVISMO JURISDICIONAL – O TENSIONAMENTO DAS PREMISSAS

A pesquisa produzida, principalmente na leitura consultada, aponta que o discurso neoconstitucionalista entende que o protagonismo judiciário é a opção da verticalização dos direitos fundamentais para a sua efetividade, seja porque identifica que um direito social não pode ser derrocado pela inércia dos demais poderes, seja porque entende e justifica sua leitura, que o Texto tem uma amplitude semântica e ferramentais que dão sustento ao ativismo, o que justifica uma revisitação à jurisprudência dos valores (FRANCISCO, 2012).

O constitucionalismo contemporâneo brasileiro, que não está sozinho, encontra eco na atividade jurisdicional nesse sentido, a exemplo dos julgados da Corte já colacionados, onde é possível perceber que há uma clara opção do Supremo por um pensamento jurídico ativista, desprezando os riscos institucionais que esse subjetivismo decisório produz. Cambi (2019, p. 111), teórico do neoconstitucionalismo, não despreza o risco e indica haver a necessidade de adotar-se “critérios de correção por meio de uma teoria da argumentação que afaste este Judiciário, proeminente, dos riscos do subjetivismo ou do mero decisionismo”:

O método concretista aposta na teoria da argumentação como forma de concretização da norma jurídica. Tal teoria evita, de um lado, que se confunda o texto legislativo com a norma (resultado de interpretação). De outro, inibe o subjetivismo e o decisionismo, pois não resulta na possibilidade do intérprete “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Não sendo admissível que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de impulsos ou fatores puramente emotivos. Tampouco deve ser considerada adequada a motivação calcada em citação vaga de princípios jurídicos (como ocorre, usualmente, com os princípios da dignidade da pessoa humana ou da razoabilidade), desacompanhada da criteriosa análise do caso concreto e de argumentação jurídica sólida. O neopositivismo não deve dar margem para o subjetivismo dos intérpretes, fazendo imperar a desordem e a descrença na Constituição (“oba-oba constitucional). Pela teoria da argumentação, permite-se que, no processo judicial, sejam discutidos os limites hermenêuticos, contidos na

própria constituição, para atuação legítima da jurisdição constitucional, exigindo que as partes e órgão judicial se desincumbam de seus ônus argumentativos, os quais devem ser tanto mais intensos quanto mais forem vagas as normas a serem aplicadas (CAMBI, 2019, p. 111).

Compreende-se que, como não há limites objetivos à interpretação, a hermenêutica se faz segundo as contaminações subjetivas de cada intérprete e coloca o Juiz, muitas vezes, no agir sozinho, no centro da decisão de problemas sociais que demandariam outro campo de discussão, investindo o Agente Judicante na hipótese de reunir as funções estatais de legislador, executor e judicante. Somando-se, a isso, o sistema de controle de constitucionalidade que permite que as Cortes, e no Brasil particularmente o STF, digam o que o próprio Texto não disse, tudo permeado pela análise subjetiva de uma escalada princiológica, o “panprincipiologismo” (STRECK, 2011).

Se esse é o Estado dado, ou melhor, não é uma situação em construção senão que uma realidade, é importante enfrentar em que pontos há, se é que há, uma tensão entre esse estado da arte e a estrutura do Estado Democrático, onde suas premissas são tensionadas.

O Estado Democrático surge, basicamente, da necessidade de estabelecimento de representatividade inclusiva, com a identificação de poderes ou funções próprias de Estado que, harmonicamente, deve funcionar. Para encaminhar a construção do pensamento, é necessário adotar um padrão semântico sobre Democracia. Para isso, utiliza-se a teoria de Dahl (2009, p. 50), para quem o conceito de democracia indica uma variedade de possibilidades mas que, independentemente disso, pode ser definido através de alguns critérios que são: (1) a participação efetiva, na qual “todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política”; (2) a igualdade de voto, pela qual “todos os membros devem ter oportunidade iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais”; (3) o entendimento esclarecido, critério segundo o qual “dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas importantes e suas prováveis consequências”; (4) o controle do programa de planejamento, em que “os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que

devem ser colocadas no planejamento”; e (5) a inclusão de adultos, pelo qual “todos ou, de qualquer maneira a maioria dos adultos residentes permanentes, deveriam ter o pleno direito dos cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios”.

Ao ultrapassar esse padrão conceitual que se utiliza de caracteres claros, Ferreira Filho aponta os princípios da democracia contemporânea:

A democracia contemporânea, do ângulo jurídico, pode ser resumida nalguns princípios. Ou seja: 1) ela tem o povo como fonte de todo poder – princípio da soberania popular; 2) todavia, o povo não exerce o poder, mas o faz por meio de representantes – princípio representativo – embora excepcionalmente o exerça; 3) tal poder é, ademais, limitado por freios e contrapesos e, sobretudo, pelo reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos – princípio da limitação do poder (FERREIRA FILHO, 2010, p. 51).

Para poder apropriar-se do conhecimento sobre o estado da arte, não é possível reduzi-lo ao mero enfrentamento das premissas como fundamento de um discurso crítico acerca do que muito se fala sobre, como a sobrevalorização dos valores morais, a amplitude semântica do Texto, a falta de limites objetivos na norma e os próprios ferramentais de controle da constitucionalidade. É preciso ir além e entender, basicamente, que esse é o estágio atual, ou seja, que a Corte tem uma atividade judicante proativa e que, inclusive, encontra fundamentos doutrinários e jurídicos para tanto, inclusive no próprio Texto Constitucional que procura afastar a proteção deficiente de direitos fundamentais e sociais. Sarmiento contribui a respeito disso:

No debate jurídico brasileiro, é preciso superar a cegueira diante das capacidades institucionais reais dos agentes que interpretam e aplicam as normas, para construir teorias mais realistas, que possam produzir, na prática, resultados que otimizem os valores constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 321).

Em razão disso é que se enfrenta, primeiro, a crítica ao ativismo em face do tensionamento que oportuniza as premissas do Estado Democrático de Direito para, após, não desconhecendo a realidade contemporânea, enfrentar apontamentos sobre os quais há um possível ponto de equilíbrio entre a realidade e a necessidade de

contenção do ativismo deletério.

A Carta de 1988, ao conceder inúmeros direitos sociais, como um possível ajuste nas contas necessárias para a redemocratização que então se empreendia, acabou por produzir, na verdade, e apesar dessa intenção, um tensionamento muito grande entre as expectativas de direitos concedidas pelo Texto e a realidade conjectural. Talvez já prevendo a dificuldade que seria a implementação efetiva desses direitos sociais, condicionantes ao padrão digno de vida, é que o próprio legislador Constituinte tenha dotado a Corte com primeiro, amplitude semântica, ou seja, para que o Texto não ficasse adstrito aos fatores históricos e sociológicos em que gestado. Em razão disso, com preceitos e conceitos amplos e abertos, sua adaptação temporal às necessidades contemporâneas seria o caminho ideal para a constante adaptação dos princípios ao que seria o necessário à sociedade. Segundo, com instrumentos includentes, como os ferramentais processuais de controle de constitucionalidade, as audiências públicas e outros instrumentos, o Texto pretendeu abandonar a perspectiva de sociedade expectadora e passasse a ser, desde então, agente na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna.

Ocorre que isso, tanto por um lado, pretendendo dar à sociedade um Poder Judiciário que pudesse ser o fiel da tradução dos valores daquela e, de outro, pretendendo que se apoderasse do seu papel de agente na teia da relação social, acabou por criar um paradoxo interessante pois, fortalecido o órgão judicante, concomitantemente houve o enfraquecimento do sistema representativo e, por decorrências da participação popular na construção dos cenários necessários aos fins principiológicos do Texto, tais como a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Galvão (2011, p. 391) considera que: “Vinte anos depois, entretanto, a população depara-se com a possibilidade de ter restringida sua participação na tomada de decisões político-sociais”.

E, se há um afastamento da população quanto à tomada das decisões, sendo essas efetuadas sem uma representação, parece que a tensão entre o ativismo e a democracia representativa está posta, porque a atividade judicante, ao apropriar da tarefa de interpretação e valoração moral na construção da significância do Texto, usurpa da essência representativa do processo democrático para dizer, num ato de judicância, o que a própria normatização não disse.

E quem disse que eles estão certos?

“Nessas questões de moralidade política, não há nenhuma garantia que o ponto de vista adotado pelos juízes seja superior ao dos outros membros da sociedade” (GALVÃO, 2011, p. 383). A formação jurídica contemporânea adota o modelo da tópica, ou seja, a técnica de pensar tendo por ponto de partida os problemas. Diante disso, o raciocínio na formação jurídica induz a problematizar uma situação através de uma relação entre perguntas e respostas. E isso tanto é feito pela dogmática quanto pela zetética.

Essa formação conduz, necessariamente, que o decisor se aproxime do problema, e na casuística, algo concreto, e decida através do modelo hermenêutico que trata a decidibilidade sob o ângulo de sua relevância significativa, em que o problema passa a ser enfrentado a contar das hipóteses de solução possíveis. Assim, torna-se concretizável interpretar uma norma utilizando algumas técnicas, atribuindo critérios e definições normativas, que sequer a própria norma comporta, sob o pretenso argumento de preenchimento de lacunas, omissões e correção de antinomias. O ato de interpretação passa por uma análise pelo intérprete sob o efeito de suas pré-compreensões, suas análises prévias, seus pré-conceitos, trazidos de sua vida, de suas experiências, de suas pesquisas, de seus estudos. Assim, é mero elemento ocasional, pois, uma vez gerado um objeto de estudo, que pode ser um texto, uma norma ou o que quer que seja, tem vida própria e passa a sofrer efeitos históricos desde sua concepção e publicização até o ato hermenêutico.

E isso, porque ninguém chega ao problema com um vazio intelectual. Gadamer (2013), em “Verdade e Método”, alerta que o intérprete não se aproxima do objeto de estudo com a mente semelhante a uma tábua rasa, mas com suas pré-compreensões, entendidas essas como o círculo hermenêutico que ele define como aquelas circunstâncias que o indivíduo absorve ao longo de sua vida (da linguagem comum, das leituras, de conversas, do que ouviu de outros, dos professores, etc.), com seus juízos valorativos próprios. Ou seja, é a contaminação que se adquire pela interação com o meio.

Uma análise não muito aprofundada na pauta da Corte brasileira, nos últimos anos, demonstra que muitos temas têm sido debatidos e decididos ali, longe da pauta política, sem a participação dos atores sociais, ainda que indiretamente pela

representação, ou seja, à margem do debate político democrático. Ou seja, o Poder Judiciário, como um todo, apropriou-se a contar do próprio Texto, de um espaço de decisão e debate sobre questões de relevância social e que, originariamente, deveriam ser tratados dentro dos parlamentos, segundo a clássica divisão das estruturas estatais.

Na estrutura do constitucionalismo contemporâneo, o grande problema é saber se “o Poder Judiciário exerce sua função nos limites essenciais a ele confiados ou se em verdade transborda o núcleo essencial de sua função, colocando-se como legislador ou poder constituinte concorrente” (FERREIRA, 2014, p. 118). Se por um lado há um incremento qualitativo no ato judicante, na visão de Mendes (2011); por outro lado, não se pode esquecer que há uma depreciação quantitativa na representatividade social, na visão de Sarmiento e que, produz externalidades significativas na estrutura democrática:

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança-jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes (SARMENTO, 2006, p. 179).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu premissas básicas e claras. De um lado, que nada pode ser exigido senão em virtude de lei e que, de outro, todo o poder será exercido em nome do povo, através da representação democrática por meio de eleição, direta ou indiretamente. Ao admitir-se a utilização do sistema principiológico para a valoração lacunosa do Texto, permite-se que haja uma desvalorização do preceito democrático do ato de legislar (ÁVILA, 2009).

O mesmo Texto trouxe princípios fundantes que não podem ser derrocados pela inércia legislativa, porque violam princípios sociais e fundamentais básicos afetos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Quando esses conflitos são colidentes, na casuística, a posição da Corte tem sido na hipótese do exercício do paradigma da

ponderação, ou seja:

[...] quando o alto grau de indeterminação que subjaz aos parâmetros presentes na Constituição acaba por mover a atividade judicial para o terreno de opções mais afetas à discricionariedade e ao campo das escolhas políticas do que ao campo de uma atividade de controle e de aferição de constitucionalidade centradas em contornos normativos claros. [...] Se a função judicial não se mostra como a mais democrática, se seu núcleo essencial se afasta propositalmente desta característica para justamente controlar a aplicação do próprio Direito, ao avocar a autoridade sobre a tradução destes conceitos abertos, cuja carga valorativa e moral tem inundado o espaço de fundamentação destas decisões judiciais, o ativismo judicial tende a deslocar para o campo do processo judicial a atividade típica que se desenvolve em um processo político democrático (FERREIRA, 2014, p. 121).

Assim, diante do que se tem por democracia, tanto em seus elementos quanto em seus princípios, não se pode partir da premissa de que o Poder Judiciário está posto à correção das anomalias ou as opções do Legislativo e do Executivo. Estaria, enquanto poder, investido à fiscalização e à aferição da constitucionalidade. E quando rompe essa função, adentra a campo para além dos limites do ordenamento e, ao utilizar-se da jurisprudência de valores ou de um moralismo jurídico, tensiona o também princípio do Texto da separação dos poderes que fundam o Estado Democrático.

Mas não é possível, simplesmente, abstrair a penetração do moralismo jurídico na dogmática constitucional contemporânea, pelos argumentos e razões já trazidas. É uma realidade. E esse conflito de premissas, portanto, precisa de ponto de contato e equilíbrio, o que vem ser proposto pelo positivismo renovado, onde é possível encontrar limites ao ativismo deletério, compatibilizando-o com a hermenêutica.

Se eliminada a associação entre o positivismo e a subsunção mecânica, de índole lógico-formal, e afastada a referência a uma ordem de valores externa ao sistema jurídico, com interferência direta sobre a sua conformação, não há por que não se afirmar a perfeita compatibilidade entre os desenvolvimentos mais recentes da Teoria da Interpretação e o positivismo jurídico. Para essa concepção de direito, o que importa é o reconhecimento de que na interpretação-aplicação de natureza jurídica os textos normativos contêm algo de objetivo, que não pode jamais ser eliminado pela vontade do juiz, ainda que inspirado por fatores sociais ou comandado por um ontologismo axiológico, sob as vestes da argumentação racional (RAMOS, 2010, p. 103).

Por essa linha de construção, afasta-se o choque possível entre o ativismo, aqui entendido como o deletério, que se fundamenta em uma filosofia moral subjetiva ou sem critérios de valores claros e definidos, na vulgata mencionada por Streck (2011), e os primados do Estado Democrático. Entende-se a atividade judicante da Corte como atividade jurisdicional constitucional, como complementária à democracia (MENDES, 2011), em que se permite não ter mais identidades funcionais claras e definitivas entre os poderes do Estado Democrático, mas coloca a legitimidade nos diversos poderes no campo da deliberação quando se trata de dar efetividade à direitos fundamentais, o que vem justificar, por isso, que o Judiciário passe a assumir, como atividade complementária, o espaço que antes não lhe pertencia.

[...] a opinião pública interage e é responsável por flutuações de legitimidade.  
 [...] Instituições constroem capital político difuso e passam a gerenciá-lo em decisões mais ou menos populares (MENDES, 2011, p. 186).

[...]

Se concordarmos que as variáveis de legitimidade da democracia não se esgotam no procedimento, mas abrangem também os resultados, passa a ser aceitável que a substância subordine, em algumas circunstâncias, o procedimento, ou seja, que a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível com um critério substantivo de legitimidade tenha boas razões para prevalecer independentemente de seu pedigree (subvertendo a estrutura formal) (MENDES, 2011, p. 194).

A percepção de Rawls também é nesse sentido:

A razão pública é a característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do status da cidadania igual. O objeto da razão dos cidadãos é o bem do público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade e os propósitos e fins a serviço dos quais tal estrutura deve se colocar (RAWLS, 2011, p. 250-251).

[...]

ao aplicar a razão pública, o tribunal age para evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias (RAWLS, 2011, p. 275).

Logo, quando se tem uma equivalência de poderes, em que não há prevalência de um em detrimento de outro, a alternância faz com que o controle da



constitucionalidade efetiva seja “um contrapeso inserido no próprio coração do arranjo de forças” (MENDES, 2011, p. 201). Ou o que refere o Ministro Barroso (2007, p. 173), quando fala que é preciso chegar ao “ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário”. E esse ponto de equilíbrio é função que compete ao processo hermenêutico na Corte no enfrentamento do caso concreto.

Quando efetuado o recorte para o presente trabalho, acerca da legitimidade do ativismo jurisdicional nas políticas públicas afetas às políticas de segurança, havia a contaminação pelo procedimento hermenêutico adotado pela Corte acerca de outros direitos fundamentais. Conforme demonstrado na pesquisa, a Corte não mantém procedimento uniforme sobre questões referentes a tutelas de saúde, no exemplo citado.

Reiterando, os Ministros Marco Aurélio, Barroso e Fachin apresentam três posições jurisdicionais, a contar de seus juízos valorativos, de seus respectivos padrões morais, de seus círculos hermenêuticos, com referência à atividade jurisdicional afeta às políticas públicas sobre medicações.

Basicamente, o Ministro Marco Aurélio entende que, se há um direito posto, deve ser tutelado independente de qualquer condicionante. O Ministro Barroso também parte dessa premissa, mas adita a ela condicionantes. Já o Ministro Fachin tem o entendimento de que o Estado, como regra, não pode ser compelido à implementação de política social, mas que estaria condicionando para essa intervenção judicante apenas quando violadas ou não executadas as políticas já propostas.

Esse entendimento, todavia, não é o que funda o julgamento produzido na decisão da ADPF 347 em que a Corte, apesar de reconhecer o Estado de Coisa Inconstitucional, tão somente se limitou a tutelar a prestação de uma política já elaborada. Não adentrou a Corte no processo de identificação do problema, de maneira que tivesse uma repercussão social, não identificou políticas públicas para uma eventual resolução ou mitigação das externalidades e, sequer, chamou a si o encargo de aferição dos resultados.

Deixou esse exercício ao campo político e técnico, restringindo-se a aferir o argumento do não implemento da política em face do argumento da reserva do

possível, sua plausibilidade e razoabilidade para, no caso concreto, entender que não eram suficientes para afastar a pretensão da tutela então perseguida, e determinar o cumprimento da política. Isso porque, entendia que as condições sub-humanas do sistema carcerário caracterizavam a violação ao viver digno do apenado e, violada a premissa básica (dignidade da pessoa humana), estaria diante do Estado de Coisa Inconstitucional.

Como refere Streck (2015, s/p), “as políticas públicas não estão à disposição do Poder Judiciário” e as razões de decidir, subjetivas a toda evidencia, postas a partir de juízo valorativos de cada um dos Ministros da Corte Constitucional, acerca da legitimidade do ato jurisdicional para suprir ou corrigir o agir político do Estado na formação e formatação da política pública específica não são o ponto de equilíbrio que é necessário. Somente a partir de uma interpretação criativa, o direito é avaliado criticamente e é capaz de produzir transformações em si mesmo e no mundo. Do contrário, não passa de mera leitura, despreocupada e irresponsável.

Se o Texto é amplo na sua semântica, se há uma carga principiológica que possibilita todos os tipos de interpretação, o risco desse processo de interpretação, todavia, é exatamente saber a régua com que se mede, qual é o critério hermenêutico que se espera. Pois, o que se permite ver, contemporaneamente, são interpretações dos textos constitucionais e dos direitos sociais fundamentais daí emergentes, por critérios todo particulares de interpretação, como se fosse lógico e razoável permitir a ponderação de que cada um que interpreta tem uma constituição para chamar de sua, um conjunto principiológico todo próprio ou até de interpretação e efetividade por critérios subjetivos de conveniência e ponderação, viciados por contaminações de formação e de valores.

O processo de interpretação do Texto há de ponderar conjunturas que não permitam o retrocesso, de tal sorte que a Corte cumpra o seu papel de integração jurídico-política, mas que também não viole a organização estrutural do Estado Democrático com o equilíbrio institucional entre os poderes. Sobre isso, Miranda considera que:

A interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irreduzíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de

olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber como sujeita ao influxo das normas e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjectivismo ou na emoção política (MIRANDA, 2004, p. 288).

Assim, tem-se um norte principiológico que permite o permeio de valores subjetivos e, ainda, ante instrumentos procedimentais de controle de constitucionalidade, coloca-se diante de um preceito de comportamento que a própria Corte precisará adotar para frear-se no agir, ou seja, a autocontenção<sup>15</sup>. Essa teoria da autocontenção procura estabelecer um ponto de equilíbrio ao ativismo deletério, tido aquele que transcende aos poderes de aferição do Estado de Coisa Inconstitucional, e a não mais possível omissão jurisdicional que concretiza uma proteção deficiente.

A limitação contida no agir autocontido encerra uma conduta de autocrítica onde a atuação jurisdicional da Corte estaria afeta ao reconhecimento da inconstitucionalidade do estado das coisas ou da situação que lhe é submetida, por violação clara do Texto e de seus princípios e premissas, sem que possa a atividade jurisdicional dizer da política pública, onde haveria o respeito à conformação das atividades legislativa e executiva. É evidente que esta perspectiva ainda transita na hipótese de discurso porquanto não há fundamento jurídico para determinar freios ao agir jurisdicional, sequer, padrão algum decisório para análise de princípios do Texto dentro da Corte.

Quando da construção do presente trabalho, deparou-se com situação noticiada nas redes sociais, que a Corte havia feito análise do princípio da insignificância do Direito Penal, de maneira diversa, para duas situações bastante similares.

No primeiro caso, determinada pessoa foi arrestada em flagrante por ter furtado dois tubos de shampoo no estado de São Paulo. O valor do furto foi de R\$ 20,00 (vinte reais). Em julgamento de Habeas Corpus, a Ministra Rosa Weber negou a liberdade sob o argumento de que, por ter antecedentes, o paciente já havia demonstrado não

---

<sup>15</sup> Segundo Dimoulis e Lunardi (2003, p. 471): “A doutrina da autocontenção convida os julgadores a abster-se de um juízo de inconstitucionalidade que não possui plena justificativa e compromete o equilíbrio entre os poderes estatais”.

ter condições de viver em sociedade<sup>16</sup>.

No segundo caso, determinada pessoa foi presa por furtar uma peça de picanha, três tabletes de tempero e uma peça de queijo muçarela. O valor do furto foi de R\$ 135,73 (cento e trinta e cinco reais e setenta e três centavos). Esse paciente também não era primário.

A primeira anomalia é como a Corte pode ser submetida a processos dessa economia. Essa tutela jurisdicional precisa ser enfrentada nas Cortes infraconstitucionais. Mas não para por aí. A principal discrepância é porque a insignificância se aplica a um e não a outro processo. Qual o valor moral utilizado pela Ministra Rosa Weber para negar o Habeas e qual o valor moral utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes para conceder o Habeas? O direito de um réu não é igual ao do outro sob a análise principiológica? Com qual régua que se mede? Qual é o critério da Corte?

Também aportou, nestes tempos, o fato do falecimento do ex-deputado Nelson Meurer, primeiro condenado no processo da Lava-Jato. Diabético, hipertenso e com problema renal crônico, desde que iniciada a pandemia do Corona Vírus no Brasil, no início do ano de 2020, sua defesa havia postulado três pedidos de prisão domiciliar ao apenado, tendo ela sido negada pelo Ministro Edson Fachin. O ex-deputado contraiu COVID-19 no sistema carcerário e faleceu no início do mês de julho de 2020.

Detalhe, a própria Corte, ao julgar a ADPF 347, reconheceu a figura do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema penitenciário brasileiro e, em razão disso, em 18 de março deste ano de 2020, em Tutela Provisória Incidental orientou que os Juízes de Execução Criminal adotassem:

- a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a 60 anos, nos termos do artigo 1º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso);
- b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo Covid-19;
- c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância);
- d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;
- e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos

---

<sup>16</sup> Caso disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2020/07/stf-trata-de-maneiras-distintas-mulher-que-roubou-picanha-e-jovem-que-furtou-shampoo.html>.

praticados sem violência ou grave ameaça;  
 f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça;  
 g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e  
 h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto (BRASIL, 2020).

O padrão é o que não há e a busca pelo equilíbrio necessário deve partir de dentro da própria Corte, através de um resgatar da Teoria do Direito e do Constitucionalismo:

[...] como a manutenção de um núcleo essencial da teoria da separação de poderes, a uma dogmática jurídica, ainda que modificada, atrelada a mínimos essenciais do positivismo jurídico, previsibilidade e critérios de operabilidade que mantenham a coerência do sistema normativo (FERREIRA, 2014, p. 129).

Contemporaneamente, é inafastável pensar à margem de uma jurisdição constitucional, e que essa seja uma ferramenta importante dentro do Estado Democrático. Isso porque essa jurisdição constitucional, como reconhece o Ministro Barroso, em seu voto na ADPF 347, que faz com que a Corte assuma o papel que o próprio Legislador Constituinte lhe outorgou, de ser campo aos instrumentos e às ferramentas processuais para a preservação dos direitos fundamentais. O problema não está na estrutura e nos ferramentais, tampouco na amplitude do Texto, está na falta de limites objetivos e critérios ao ativismo. Houvesse, o ativismo seria proativo e benéfico, não havendo, torna-se deletério tal como aponta Streck:

A defesa de posturas substancialistas e concretistas acerca da utilização da jurisdição constitucional – que implica inexorável avanço em relação às tradicionais posturas de self restraint – não pode ser confundida com decisionismos e atitudes pragmatistas, em que o Judiciário se substitui ao legislador, com o aumento desmesurado de protagonismos judiciais (STRECK, 2011, p. 46).

Diante dessa preocupante incerteza, e também em busca de um ponto de equilíbrio, Sarmiento (2006, p. 194) indica três itens como condutores: (1) “emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente”; (2) “a

democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional” e (3) “a adoção, pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão de seu lastro democrático-eleitoral”. Essa proposta se alia ao discurso proposto por Dimoulis (2011) e Mendes (2011) para a melhoria do processo de deliberação na Corte, particularmente para estabelecimento de padrão com limites hermenêuticos para a atividade de interpretação e de aplicação do Direito.

As propostas do exercício de uma certa autocontenção pelos membros das Cortes Constitucionais, a observância de ônus argumentativos no âmbito da deliberação existente na formação da fundamentação das decisões judiciais, com a observância de critérios claros, reflexivos a um núcleo essencial do direito positivo, para que não transbordem em subjetivismos e pragmatismos de ocasião, e o incremento dos próprios meios de participação, a melhoria do processo deliberativo no âmbito destas Cortes, são etapas a serem observadas para que, ainda que não se elimine por completo a tensão a existente entre esta nova atuação judicial e a democracia, sejam mitigados seus efeitos (FERREIRA, 2014, p. 135).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou a pesquisa desta tese, a provocação inicial tinha origem naquilo que Castelo referia como a efetividade e a segurança jurídica, como marcos e balizas do desenvolvimento do pensamento jurídico ocidental.

Havia um cenário novo em ebulição, vindo com o surgimento, no início dos anos 1990, logo após a promulgação do atual Texto, de uma nova concepção do Direito. Era um tempo novo, onde surgia a Escola do Direito Alternativo, com uma tentativa de preencher as lacunas do Texto e que permitiria solucionar o aparente conflito entre Lei (o que está positivado) e Princípios (que orienta a positivação). Esse desencontro entre o material (Lei) e o abstrato (Justiça) seria razoável para tornar efetiva a proteção de direitos sociais em busca do justo, sob a ótica social e as exigências do bem comum.

Estava traçado o caminho para o Estado de Bem-estar Social, o que possibilitou o ativismo jurisdicional, que a contar das premissas antes postas, encontrou campo fértil no Brasil através do Direito Achado nas Ruas, do Pluralismo Jurídico e do Direito Insurgente, que permitiram perceber sua visão mais aberta para uma concretude de Justiça, pontuando para uma visão dialética em processo de reiterada transformação, a contar da evolução histórica, como uma liberdade construída a partir da vivência em sociedade, individual e coletiva, num pretense modelo de liberdade conscientizada que se propunha para toda a Ciência Jurídica. A perspectiva original, todavia, ganhou mais amplitude do que, de fato, seria possível e aceitável.

Transcorridos mais de três décadas do Texto em vigência no país, o que se observa é que não há ainda, dentro do Poder Judiciário, mas principalmente dentro da Corte, um padrão hermenêutico com critérios de decidibilidade que para o ato jurisdicional. Por isso, deixa de ser de decisão propriamente dito para ser ato de escolha, segundo os valores agregados na formação, por cada decisor.

Essa reiteração tomou por padrão que a prestação tutelar se tornasse uma repetição de teses da filosofia da consciência (ou de alguma de suas vulgatas voluntaristas) (STRECK, 2014). Não é sem razão que o imaginário suscitado por parcela significativa na academia, indica e aponta para o fundamento do agir solipsista do juiz. Isto é, o decidir conforme a sua própria consciência qual e quando uma política

social deva ou não ser tutelada.

Os exemplos estão postos. E isso conduz, como uma consequência quase que automática para a perda de espaço da lei – lato sensu – pela vontade do juiz, o qual poderia dizer acerca da eficácia plena ou limitada de uma norma de direito fundamental sem critério objetivo aparente. Segundo Santos:

A discricionariedade do intérprete/aplicador, isto é, o juiz do caso concreto, decorre do paradigma da filosofia da consciência, que Streck (2014a, p. 304) contextualiza como sendo uma aposta do sujeito como centro produtor do sentido. Isso vem causando, segundo ele, a ampliação desmedida de conceitos como o da dignidade da pessoa humana, já que o juiz se responsabiliza por encontrar no âmago da Constituição os limites da sua aplicação e alcance. Passa-se, então, a um novo patamar no Direito, com a superação do que se entende por “letra fria da lei”. O jurista gaúcho vai mais além ao descrever a propensão da comunidade jurídica brasileira a ainda continuar combatendo o velho positivismo-exegético. Diz ele haver o imaginário da existência de apenas dois tipos de juízes: o positivista, apegado à lei; e o pós-positivista, que pretere a lei em favor dos princípios. Segundo Streck (2014c, p. 151), o pensamento dominante é de que o primeiro, o “juiz da lei”, deve desaparecer, ao passo que o “juiz dos princípios” é o modelo a ser seguido (SANTOS, 2015, p. 26).

O modelo do direito contemporâneo possibilita e desnatura o que se convencionava chamar de “legalidade constitucional”, para o avanço indicativo da dicotomia norma x texto, conforme refere Streck (2014). A partir daí, o ato hermenêutico passa a enfrentar a tarefa de superar o pragmatismo que se encontra no assujeitamento do objeto pelo sujeito, o que torna possível construir o entendimento de que os juízes poderiam corrigir o legislador, usando argumentos de conveniência ou de política, de amplitude semântica, de imprecisão terminológica ou o que quer que seja.

E não parece que tenha ido o Constituinte tão longe assim ao permitir isso. Historicamente, esse entendimento tem sido maléfico à segurança jurídica em todos os sentidos. Basta ver o que a Corte decidiu em vários julgamentos de temas conflituosos na pauta social, como a prisão em segunda instância, em que a Corte se subordinou à votação e à revisão de sua posição na última oportunidade porque havia interesse contaminado dos Ministros da Corte para com aquele que os havia nomeado e que estava recolhido ao cárcere em Curitiba, no caso, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.



Ou ainda, várias outras pautas de demandas sociais que demandariam a análise no campo político, com normatização própria, e não decisão da Corte, tais como a criminalização da posse de drogas, a criminalização da homofobia como racismo, o trabalho insalubre para gestantes e lactantes, a questão do registro civil para transexuais ou a privatização de estatais sem aval do congresso. Mas esse comportamento da Corte e do próprio Judiciário, não é novo e vem sendo sentido de maneira bastante pontual em que o agir jurisdicional não encontra fundamento diverso do que preceitos subjetivos e, inclusive, contrários ao Texto legal.

Uma forma de exemplificação dessa insubordinação jurisdicional a preceitos legais é percebida no rito de cumprimento da prisão civil por débito alimentar. Já no início dos anos 2000, o Judiciário Gaúcho adotou a posição de que a prisão civil por dívida alimentar deveria ser cumprida no regime aberto. A tese ali posta não era inovadora, mas reflexiva da posição adotada pelo STF, tese que vinha sendo adotada inclusive com lição doutrinária do Ministro Chernichiaro. Naquela oportunidade, já eram vários os precedentes jurisdicionais que acolhiam essa tese pelo regime aberto, domiciliar, para o cumprimento da prisão civil.<sup>17</sup>

A posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do regime de cumprimento da pena não era uniforme. Ao julgar o Recurso Ordinário no Habeas Corpus 16824 / SC, em 2004, há referência que o regime deva ser o fechado. Porém, após, relativiza esse entendimento histórico para apontar, tanto no julgamento do HC 104454 / RJ em 2008, quanto no julgamento do HC 165760 em 2010, que o regime fechado pode ser afastado em condições excepcionais.

Essa instabilidade decisória é perene, ou seja, as Cortes não têm posição consolidada.

No Judiciário Gaúcho, a jurisprudência, até fevereiro e março de 2016, era bastante conflitante, justamente por falta de um padrão normativo e um padrão decisório. Para a Oitava Câmara Cível havia o entendimento de que “A prisão civil deve, tanto quanto possível, ser cumprida em casas de albergados, não devendo o paciente ser recolhido à galeria ou cela onde cumpram pena presos em regime

---

<sup>17</sup> (TJMS – AgRg-AG 2005.001390-9/0001-00 – Rio Brillhante – 1ª T. Cív. – Rel. Des. Ildeu de Souza Campos – J. 08.03.2005) (TJRS – HCO 70010867059 – 8ª C. Cív. – Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade – J. 03.03.2005) e (TRF 4ª R. – HC 2002.04.01.037803-8 – RS – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Volkmer de Castilho – DJU 23.10.2002).

fechado”<sup>18</sup>. A mesma Oitava Câmara Cível, um mês após, julga situação similar e diz que “a prisão civil do devedor de alimentos deve ser cumprida em regime análogo ao fechado.”<sup>19</sup> Não havia posição estável acerca do regime de cumprimento do decreto prisional e o Judiciário, ora para um entendimento, ora para outro, externava análises subjetivas, em juízos de valor, para dizer o que entendiam por justo a cada caso concreto.

Se havia omissão na norma material ou processual civil até 2015, tal omissão não se mantém com o advento do Código de Processo Civil vigente que externou de maneira incontroversa de que o regime será o fechado. Isso é o que está disposto no artigo 528, do Diploma Processual Civil<sup>20</sup>.

Mas, inobstante a isso, o Tribunal de Justiça Gaúcho, em um notado ativismo deletério, entende diverso e a Oitava Câmara Cível do Tribunal Gaúcho ainda mantém a possibilidade do cumprimento da pena em regime aberto, como se pode perceber do julgamento do HC 0082462235, constituindo-se em um posicionamento decisório arbitrário e ilegal, calcado numa pretensão ilegítima de dar ratio diferente à norma processual ao transformar a prisão civil pelo regime aberto.

Ainda que justificados e justificadores os argumentos e, ainda que possa ser entendido como um retrocesso o novo teor do dispositivo legal do diploma processual, faz-se necessário questionar a quem e ao que serve esse tipo de ativismo judicial ou jurisdicional, e perquirir sobre os segredos ali guardados, principalmente pelas consequências que daí poderão surgir.

O problema que se identifica é o que pinça Streck (2010): Como se mede a “régua” para aplicar a lei? Isso causa insegurança, pois esses ativismos, impregnados por um subjetivismo interpretativo sem igual e irresponsável, mostram-se como uma grave e perigosa violação da estrutura do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>18</sup> (Habeas Corpus Nº 70068231836, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 10/02/2016).

<sup>19</sup> (Habeas Corpus Nº 70067027623, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 03/03/2016).

<sup>20</sup> Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. [...] § 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

O que precisa ficar claro é que discutir sobre o ativismo implica debater os limites da atuação do judiciário [...] que, ao extrapolar suas funções, pode agir para o bem ou para o mal. [...] Juízes devem decidir com responsabilidade política. Não para agradar A ou B; não para aliviar a própria consciência; não para moralizar o direito. Juiz não constrói leis; segue padrões interpretativos (STRECK, 2010, s/p).

E é esse padrão interpretativo que precisa ficar claro, porque, ao agir à margem da previsão normativa, não há controle e não há democracia, pois ao juiz não é dado agir segundo seu círculo hermenêutico, segundo suas vontades, segundo o que acha sobre as coisas. E essa situação de decisões à margem das previsões normativas também ocorreu em outros planos de direitos materiais, como por exemplo, a proporcionalidade do aviso prévio do contrato de trabalho que, prevista na Constituição Federal de 1988, não tinha norma infraconstitucional regulamentando o padrão da referida proporcionalidade. Na ausência de uma normatização reguladora, inúmeras foram as decisões do Judiciário Trabalhista que estabeleciam padrões de proporcionalidade segundo o “achismo” decisório do agente jurisdicional.

Também, quanto a auto aplicabilidade do disposto no artigo 192, § 3º da Constituição Federal de 1988, em que parcela dos atos decisórios apontava para a auto aplicabilidade, parcela afastava a auto aplicabilidade e a instabilidade jurisdicional, foi de tal ordem que a Emenda Constitucional 40, de 2003, acabou por retirar do Texto da Carta, o dispositivo, e o STF, modulando consequências, precisou editar a Sumula Vinculante 7 dizendo que a norma precisava de regramento regulador infraconstitucional.

Quando se pensa acerca das políticas públicas, essa postura jurisdicional induz para o tensionamento das razões e das justificativas decisórias e, também, expõe ausência de parâmetros e padrões, tanto na identificação do problema como um problema social, quanto nas premissas decisórias acerca da exatidão ou não das políticas públicas que lhe são levadas como solução do reclamo que lhe aporta.

Este trabalho não tem está afirmando que aqueles basilares clássicos da separação dos poderes, com identificação estanque de suas funções e limites, precisam ser mantidos sob pena de violação da estrutura democrática. Para além disso, o que se entende é que, diante de um constitucionalismo inclusivo, há a necessidade de haver uma conciliação entre os princípios do Texto e a sua efetividade, e que cabe ao Poder Judiciário, tal como fez no julgamento da ADPF 347,

corrigir a decisão da atividade política omissiva praticada e que oportunizou, pela inação, a geração do Estado de Coisa Inconstitucional, ante à precarização do sistema carcerário brasileiro.

A Corte não invadiu a competência dos demais poderes no que tange à identificação do problema, a sua caracterização como um problema social digno de receber uma política pública a sua extinção ou mitigação de seus efeitos, à implementação da política eleita e à aferição de seus resultados. A Corte andou e, afastando a inação suportada pela alegação da reserva do possível, determinou a implementação da política pública específica e, em assim agir, apresentou argumento e padrão decisório como ato de decisão típico e não ato de escolha que, como tal, compete ao campo político e não jurídico. Sobre isso, Ferreira Filho (2010, p. 44), em sua cátedra, ensinou que “não há democracia, portanto, se o povo não se governa a si próprio”.

O ato de escolha é político.

As críticas até aqui propostas buscam reconhecer, de um lado, que os basilares da democracia importam e sustentam o Estado e que, igualmente, o constitucionalismo contemporâneo atribuiu ao Judiciário uma nova função dentro dessa estrutura estatal. Mas não sem limites.

Com a amplitude semântica do Texto e o controle de constitucionalidade, viu-se a possibilidade que a Corte pudesse, como vem fazendo, assumir uma nova e importante posição dentro da estrutura do Estado, dentro do cenário político institucional. Em uma análise meramente caudatária que a própria academia faz acerca das decisões jurisdicionais, pode-se tomar a Corte como o padrão interpretativo a ser seguido, que deu margem ao discurso neoconstitucionalista, com a revalorização do moralismo jurídico. Dessa forma, pode tornar efetiva a prestação tutelar a contar das perspectivas que a Corte, por seus Ministros, entendem sobre o que deva ou não ser valorado, admitindo-se que não há mais uma divisão entre moral e direito, investindo na condição de fiel do padrão interpretativo da normatividade.

Valem, portanto, nessa abertura ampla, que as decisões possam ser prestadas por critérios de conveniência e de moral ou da filosofia de valores, o que é percebido nos vários exemplos de ativismos deletérios que foram trazidos no presente trabalho. Some-se a isso, o fato de que as estruturas representativas são

falhas, fazendo com que a sociedade espere da Corte, em termos de tutela, aquilo que deveria ser tratado no campo político representativo, o que evidencia que, nos últimos anos, a Corte tem orientado a conduta social, enfrentando pautas centrais do debate social.

Como refere Habermas (2017), em sua crítica antes trazida, esse ativismo judicial, quando deletério, acaba por produzir o enfraquecimento deontológico do Direito, como limite da norma, por não se saber mais quais são os limites e os padrões hermenêuticos que se pode esperar do e no ato jurisdicional, tensionando perspectivas muito interessantes da própria estrutura do Estado Democrático, afetas à segurança jurídica, à previsibilidade e ao princípio da separação de poderes não mais estanque, mas, harmônicos.

E quanto mais o Judiciário assume essa função de dizer o que a norma não disse ou de dar interpretação segundo seus juízos valorativos morais ou filosóficos, menos se terá de atividade legislativa e executiva, em poderes que irão, naturalmente, ser atrofiados dentro da estrutura do Estado.

Afinal, para que legislar se o Judiciário o faz? Ou para que executar se o Judiciário dita as orientações de gestão?

Fato é que o sistema aberto e o controle judicial de constitucionalidade são o *état de l'art*, que correspondem ao resultado de uma construção histórica. Por isso, é possível concluir que o ativismo judicial como um todo, deletério ou não, não é evento. É processo.

Esta pesquisa foi realizada dentro do Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Direitos Humanos da Universidade Católica de Pelotas, na área de concentração de Questão Social, Direitos Humanos e Políticas Sociais, na linha de pesquisa em Direitos Humanos, Segurança e Acesso à Justiça. Buscou-se investigar, diante dos referenciais aportados, as políticas e as práticas vinculadas à segurança e ao acesso à justiça, com enfoque para as instâncias e as instituições de controle de políticas em segurança pública e sua efetividade.

Por essa razão, para responder ao que se propôs como problema de pesquisa, traçado na perspectiva introdutória, entende-se que é, sim, possível pensar que a atividade jurisdicional possa ser instrumento para a efetividade de políticas em segurança pública, onde é admissível um ativismo judicial não deletério,

que precisa legitimar-se através de uma conduta do que se entende apropriada de autocontenção, com o que se evitaria o excesso do achismo jurisdicional e da intervenção indevida de campo democrático e político.

É preciso, ainda, que seja reconhecido pela Corte o espaço das estruturas democráticas de conformação legislativa e participação popular nas decisões sobre as pautas de interesse social e que são questões fundamentais à sociedade. O reconhecimento, pela Corte, de que é necessário, como premissa, formação de critérios hermenêuticos homogêneos, claros e prévios, evitando julgar de maneira diversa, casos idênticos, dando padrões interpretativos subjetivos e particulares.

E, nesse sentido, no que tange ao julgamento das políticas afetas à segurança pública, a contar dos leading cases trazidos, está a demonstração da correção, no caso concreto, de como andou a Corte que, observados padrões hermenêuticos, primeiro reconheceu o Estado de Coisa Inconstitucional e, como consequência, determinou o cumprimento das políticas públicas que já haviam sido elaboradas em campos próprios.

Não houve, nessa situação, valoração de preceitos morais, tampouco filosofia de valores. Mas sim, padrão decisório dentro das perspectivas de propostas acima estabelecidas.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Mauro Raposo de Mello (Trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ADORNO, Sérgio. **A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea**. 1996. 282 p. Tese - Departamento de Sociologia, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1996.
- AGRA, Walber de Moura; BRITTO, Thays Oliveira de. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARONNE, Ricardo. **Direito Civil Brasileiro comentado**. Vídeo. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6DtJo00xrao>. Acesso em: 7 fev. 2020.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Dejemos atrás el positivismo jurídico. **Isonomía**, México, n. 27, ISSN 1405-0218, out. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182007000200001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182007000200001). Acesso em: 22 jul. 2020.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: BINENBOJM, Gustavo; NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 15, n. 58, jan./mar. 2007.
- BBC News Brasil. **Transformamos pobres em consumidores e não em cidadãos, diz Mujica**. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46624102>. Acesso em: 5 jul. 2019.
- BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz et al. A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, mar. 2004. Disponível

em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0102-88392004000100015>>. Acesso em: 5 de mai. de 2019.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz, 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 - Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, 4 mai. 2004.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **RE 410.715-AgR/SP** - Relator: Ministro Marco Aurélio. 2005.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 30 set. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **AI 455.82/SP** - Relator: Ministro Marco Aurélio. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12464696>. Acesso em: 30 de set. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **RExt 411.518/SP** - Relator: Ministro Marco Aurélio. 2007.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14631853>. Acesso em: 30 set. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **RExt 401.673/SP** - Relator Ministro Marco Aurélio. 2007.

Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14786219/recurso-extraordinario-re-463210-sp-stf>. Acesso em: set. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **RExt 463.210/SP** - Relator Ministro Carlos Velloso. 2005.

Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697765962/recurso-extraordinario-re-632212-sp-sao-paulo>. Acesso em: 8 out. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **AgReg no Rext em AgAre 464.143** - Ministra Ellen Gracie. 2009.

Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21272849/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-635679-go-stf/inteiro-teor-110301561>. Acesso em: 8 out. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **RExt 592.937/SC** - Ministro Cesar Peluso. 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=8612143>. Acesso em: 8 out. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **RExt 909.986/DF** - Ministra Carmen Lúcia. 2015. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5255826&numeroTema=985>. Acesso em 8 out. 2020.



\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **RExt 919.489/DF** - Ministra Carmen Lúcia. 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548951288/recurso-extraordinario-re-1103087-df-distrito-federal-0116043-2620158070001>. Acesso em: 8 out. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **RExt 768.825/BA** - Ministro Ricardo Lewandowski. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroTema=423>. Acesso em: 8 out. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **AgRe no RExt 628.159/MA** - Ministra Rosa Weber. 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935449870/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1287418-pr-0011169-7220148160001/inteiro-teor-935449870>. Acesso em: 8 out. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **AI 810.410/GO** - Ministro Dias Toffoli. 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806409/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-810410-go-stf/inteiro-teor-112280122>. Acesso em: 8 out. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **RExt 563.144/DF** - Ministro Gilmar Mendes. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24935909/recurso-extraordinario-re-658171-df-stf>. Acesso em: 8 out. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **AgReg. no RExt 1197779/RN** - Ministro Celso de Mello. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23113422/recurso-extraordinario-com-agravo-are-735608-rn-stf#!>. Acesso em: 8 out. 2020.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **AgInt no AgInt no Ag do RESP 698.258/SP**. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/923475304/agravo-interno-no-agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-agint-no-aresp-1623159-sp-2019-0344149-7>. Acesso em: 8 out. 2020.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo\\_Cambi\\_Neoconstitucionalismo\\_e\\_Neoprocessualismo.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf). Acesso em: 17 jun. 2020.

CAMPILONGO, Celso Furtado. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, Celso Furtado (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. Malheiros: São Paulo, 2002.

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

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. 1985. Disponível em: <http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em: 17 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, 12(2)139-161, abr./jun. 1978. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4239317/mod\\_resource/content/0/AULA%207%20-%20C%20-%20Edmundo%20Campos%20Coelho%20-%20A%20marginaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20criminalidade.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4239317/mod_resource/content/0/AULA%207%20-%20C%20-%20Edmundo%20Campos%20Coelho%20-%20A%20marginaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20criminalidade.pdf). Acesso em: 22 jul. 2020.

CRUZ, Albertina Feliz da. A assistencialização das Políticas Sociais: algumas considerações. **IV Jornada Internacional de Políticas Públicas**. São Luis - MA, ago. 2009. Disponível em: <joinpp.ufma.br>. Acesso em: 24 jul. 2018.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Beatriz Sidou (Trad.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, jan/jun 2011.

\_\_\_\_\_. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências. In: FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Sara. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Jus Podivm, 2013.

DRAIBE, Sonia Miriam. A política social no período FHC e o sistema de proteção social. **Empo Soc.**, São Paulo, v. 15, n. 2, nov. 2003. Disponível em: <www.scielo.br>. Acesso em: 28 mar. 2019.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Juliana Lemos (Trad). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGELMANN, Fabiano (Org.). **Sociologia Política das Instituições Judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e Políticas Públicas. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 12(1): 360, jan./abr. 2004.

FERNANDEZ JUNIOR. Enio Duarte. A reserva do possível, a hermenêutica e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na efetividade do direito fundamental

à propriedade. **Revista Âmbito jurídico**, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-reserva-do-possivel-a-hermeneutica-e-os-principios-da-razoabilidade-e-proporcionalidade-na-efetividade-do-direito-fundamental-a-propriedade/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. 149 p. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. 2014. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO\\_MESTRADO\\_EBER\\_DE\\_MEIRA\\_FERREIRA.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf). Acesso em: 21 jun. 2020.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na Pós-Modernidade: Princípios Fundamentais e Justiça no Caso Concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord. e coautor). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FUNDAÇÃO ULISSES GUIMARÃES. **Uma ponte para o futuro**. Brasília, 2015.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método** – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 11. ed. São Paulo: Vozes, 2013.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, 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.

\_\_\_\_\_. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 130 p. Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. 2012. Disponível em:

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Flávio Beno Siebeneichler (Trad). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2017.

HOLMES, Stephen.; SUSTEIN Cass. **The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional, pós positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 859, ano 96, mai. 2007.

JOBIN, Nelson. **STF não pode criar mecanismos interpretativos e dar solução fora da lei**. Entrevista. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/entrevista-nelson-jobim-ex-presidente-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 9 jul. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. Editora Fabris: São Paulo, 2002.

KRISCHKE, Paulo José Duval da Silva. **Governo Lula: Políticas de reconhecimento e de redistribuição**. n. 47, out. 2003. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php>. Acesso em: 24 jul. 2018.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Imprenta, 1984, p. 461.

LEAL, Roger Stiefelmann. O exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, 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.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. In: **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000.

MEDEIROS, Marcelo. **A Trajetória do WelfareState no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990**. dez. 2001. Disponível em: <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acesso em: 3 abr. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Orgs.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Constituição. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Política Social: temas & questões**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PESSOA, Leonardo. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira**. 2004. Disponível em: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>. Acesso em: 20 set. de 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampl. Álvaro de Vita (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZENDE, Dailson Souza de.; BIFFI, Maria Eugênia Ugucione. **A vinculação das políticas públicas dos Estados democráticos sociais de direito aos direitos fundamentais sociais**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39443/a-vinculacao-das-politicas-publicas-dos-estados-democraticos-sociais-de-direito-aos-direitos-fundamentais-sociais/1>. Acesso em: 19 abr. 2019.

ROCHA, Jean Paul Cabral. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Orgs.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Portugal, n. 21, 1986. Disponível em: <file:///C:/PROGRA~1/KMSpico/temp/Introdu%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20Sociologia%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. Coimbra, 1995. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SANTOS, Everson Alves dos. **O Ativismo Anticapitalista: a busca pela justiça social como parâmetro para o agir solipsístico do juiz**. 2015. 57 p. Monografia – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande (FURG). 2015. Disponível em: [epositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7430/Everson Alves dos Santos\\_4468428\\_assignmentsubmission\\_file\\_Versão final.pdf?sequence=1](epositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7430/Everson%20Alves%20dos%20Santos_4468428_assignmentsubmission_file_Vers%C3%A3o%20final.pdf?sequence=1). Acesso em: 20 set. 2017.

SAPORI, Luis Flávio. **Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SARLET, Ingo. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>. Acesso em: 18 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, n. 98, jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais**. Orçamento e “Reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de doutrina da 4ª região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: [https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html). Acesso em: 20 set. 2017.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: BINENBOJM, Gustavo (coord); SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMITT, Carl. La Tirania de los Valores. Anima Schmitt de Otero (Trad.). In: **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, Enero-Febrero 1961.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

STRECK, Lenio. Estado de Coisa Inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo?imprimir=1>. Acesso em: 23 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** 2008. 161 p. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org); BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org). Princípio é preguiça? In: **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011.

VAUCHEZ, Antoine. O Poder Judiciário um objeto central de ciência política. In: ENGELMANN, Fabiano (Org.). **Sociologia Política das Instituições Judiciais.** Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. Disponível em: [https://www.ufrgs.br/cegov/publicacao/v/95?n=Sociologia\\_Pol%C3%ADtica\\_das\\_Institui%C3%A7%C3%B5es\\_Judiciais](https://www.ufrgs.br/cegov/publicacao/v/95?n=Sociologia_Pol%C3%ADtica_das_Institui%C3%A7%C3%B5es_Judiciais). Acesso em: 9 jul. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV** [online], v. 4, n. 2, ISSN 1808-2432, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Estado Constitucional. In: HORBACH, Carlos Bastide et al. (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.