

O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Atena
Editora
Ano 2021



O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Atena
Editora
Ano 2021

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes editoriais

Natalia Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremona

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof. Dr. Arinaldo Pereira da Silva – Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Jayme Augusto Peres – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Daniela Reis Joaquim de Freitas – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Fernanda Miguel de Andrade – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa da Fontoura Custódio Monteiro – Universidade do Vale do Sapucaí
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Welma Emidio da Silva – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Profª Drª Ana Grasielle Dionísio Corrêa – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Sidney Gonçalves de Lima – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Edna Alencar da Silva Rivera – Instituto Federal de São Paulo
Profª Drª Fernanda Tonelli – Instituto Federal de São Paulo,
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

O direito enquanto fenômeno multidimensional

Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Flávia Roberta Barão
Indexação: Gabriel Motomu Teshima
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
D598	O direito enquanto fenômeno multidimensional / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021. Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-5983-366-5 DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.665211908 1. Direito. 2. Leis. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título. CDD 340
Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access, desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

APRESENTAÇÃO

Em **O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL**, coletânea de vinte capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, quatro grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito constitucional; estudos em direitos humanos, vulnerabilidade e políticas públicas; estudos em direito à saúde; e estudos em direito e os impactos da pandemia.

Estudos em direito constitucional traz análises sobre neoconstitucionalismo, ativismo judicial, STF, poder constituinte, controle de constitucionalidade, *amicus curiae*, elegibilidade e inelegibilidade, sistema de suplência, direito cultural, multiculturalismo, bafômetro e a inconstitucionalidade, além da proteção de dados, importância da constitucionalização e comunicação social na política.

Em estudos em direitos humanos, vulnerabilidade e políticas públicas são verificadas contribuições que versam sobre refúgio, criminalização da homossexualidade, prostituição, realidade venezuelana, desporto, consciência social e sistema de cotas para negros.

Estudos em direito à saúde aborda questões como judicialização, defensoria pública e acesso a tratamentos, bem como medicamentos de alto custo, separação de poderes e políticas públicas.








No quarto momento, estudos em direito e os impactos da pandemia, temos leituras sobre impactos das queimadas no espaço amazônico, acesso à justiça e renegociação como meio de oposição à revisão de contratos.








Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.







Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL	
Luís Eduardo Ulinski	
Luis Gustavo Liberato Tizzo	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119081	
CAPÍTULO 2	20
O PAPEL ILUMINISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Edson Mario Rosa Junior	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119082	
CAPÍTULO 3	26
O CONCEITO DE PODER CONSTITUINTE À LUZ DA CONCEPÇÃO DE ANTONIO NEGRI	
Edson Mario Rosa Junior	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119083	
CAPÍTULO 4	30
ACORDO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	
Felipe Costa Albuquerque Camargo	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119084	
CAPÍTULO 5	43
O <i>AMICUS CURIAE</i> E A DELIBERAÇÃO NA BUSCA DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO	
Gislaine Cunha Vasconcelos de Mello	
Beatriz Fracaro	
Luciane Sobral	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119085	
CAPÍTULO 6	60
ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS	
Lucélia Nárjera de Araújo	
Vilobaldo Adelfidio de Carvalho	
Wilma Avelino de Carvalho	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119086	
CAPÍTULO 7	73
SISTEMA DE SUPLÊNCIA NO SENADO FEDERAL E SUA COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO	
Ester Granusso Moraes	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119087	

CAPÍTULO 8	88
DIREITO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE ACERCA DAS LEIS DE INCENTIVO E SEUS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS	
Luis Guilherme Costa Berti	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119088	
CAPÍTULO 9	100
MULTICULTURALISMO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE IR E VIR EM FACE DA IMPOSIÇÃO DE UM <i>DRESS CODE</i> EM LUGARES PÚBLICOS	
Alana Caroline Mossoi Tereza Rodrigues Vieira	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119089	
CAPÍTULO 10	118
INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO USO DO BAFÔMETRO: INAPLICABILIDADE DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	
Henrique Giacomini	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190810	
CAPÍTULO 11	138
A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NA POLÍTICA E A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS	
Cassiane de Melo Fernandes Alexandre Sita de Matos	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190811	
CAPÍTULO 12	155
REFÚGIO POR MEDO: UMA REFLEXÃO EXPLORATÓRIA SOBRE MIGRAÇÃO BASEADA NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE	
Thiago Opolski Ana Maria Motta Ribeiro	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190812	
CAPÍTULO 13	170
LAS OCHENTAS: O PREÇO DO REFÚGIO	
Ana Flávia Ananias Almeida Laura Ferreira Silva	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190813	
CAPÍTULO 14	179
A PRÁTICA DO DESPORTO COMO EIXO INTEGRADOR E RESTAURADOR DOS DIREITOS HUMANOS: INCLUSÃO, HUMANIZAÇÃO E CONSCIÊNCIA SOCIAL PARA IMIGRANTES E REFUGIADOS	
Viviane Cristina Martiniuk	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190814	

CAPÍTULO 15	197
RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSO PARA PROFESSOR DO MAGISTÉRIO SUPERIOR	
Sandra Mara Silva de Leon Geise Loreto Laus Viega	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190815	
CAPÍTULO 16	205
A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PRESERVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO A TRATAMENTOS MÉDICOS	
Dari Nass Henrique Balduvino Saft Dutra Maria Cristina Schneider Lucion	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190816	
CAPÍTULO 17	217
DIREITO À SAÚDE NO JUDICIÁRIO: A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO VIOLA A SEPARAÇÃO DOS PODERES OU CUMPRE POLÍTICAS PÚBLICAS INEFICAZES?	
Bianca Sanches Lopes da Silva Daniel Castanha de Freitas	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190817	
CAPÍTULO 18	233
DIREITO AMBIENTAL E DIREITO À SAÚDE: IMPACTOS DAS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS	
Valéria Giumelli Canestrini Fábio Rodrigo Casaril	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190818	
CAPÍTULO 19	248
ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19: UMA ANÁLISE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO	
Jackelline Fraga Pessanha Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190819	
CAPÍTULO 20	255
A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DO DEVER DE RENEGOCIAÇÃO A FIM DE EVITAR A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS EM TEMPOS DE PANDEMIA	
Fernanda Moraes dos Santos Larissa da Silva Maurano Raphaela de Moraes Lemos Francisco José Soller de Mattos	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190820	

SOBRE O ORGANIZADOR	264
ÍNDICE REMISSIVO.....	265

Data de aceite: 02/08/2021

Luís Eduardo Ulinski

Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR

Luis Gustavo Liberato Tizzo

Professor universitário na graduação e pós graduação em Direito; Advogado

RESUMO: O artigo teve por fulcro demonstrar como um movimento, num primeiro momento vanguardista (neoconstitucionalismo), permitiu a instalação no ordenamento jurídico pátrio de um estado de coisas inconstitucional. A metodologia utilizada constituiu-se em revisão bibliográfica de obras de autores renomados no assunto. O primeiro capítulo teve por escopo a evolução histórica do neoconstitucionalismo no direito alienígena e no direito brasileiro. O segundo capítulo abordou a relação entre o fenômeno da judicialização e a prática do ativismo judicial, sobremaneira pela Corte Constitucional Brasileira. O terceiro capítulo ocupou-se de expor o ativismo judicial como prática que viola flagrantemente os fundamentos constitucionais em que se assenta o Estado Brasileiro, a exemplo do devido processo legal. Pôde-se concluir, dessa forma, que os fenômenos do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial estão interligados e conduzem o direito pátrio a caminhos deveras escusos, sob o pretexto de fazer justiça, ignorando certos axiomas em situações que não cabe ao julgador fazê-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo,

ativismo judicial.

NEOCONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT: The article aimed to demonstrate how a movement, at first avant-garde (neoconstitutionalism), allowed the installation in the Brazilian legal system of an unconstitutional state of affairs. The methodology used consisted of a bibliographic review of works by renowned authors on the subject. The first chapter had as its scope the historical evolution of neoconstitutionalism in alien law and in Brazilian law. The second chapter addressed the relationship between the phenomenon of judicialization and the practice of judicial activism, especially by the Brazilian Constitutional Court. The third chapter was concerned with exposing judicial activism as a practice that flagrantly violates the constitutional foundations on which the Brazilian State is based, such as due process of law. It can be concluded, therefore, that the phenomena of neoconstitutionalism and judicial activism are interconnected and lead the right to the right to very shady paths, under the pretext of doing justice, ignoring certain axioms in situations that it is not up to the judge to do so.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism, judicial activism.

1 | INTRODUÇÃO

Afigura-se o neoconstitucionalismo, movimento filosófico e jurídico contemporâneo, como uma ferramenta útil e ao mesmo tempo temerária, quando unida à política e ao clamor

social, pretende uma valorização cada vez maior da jurisprudência enquanto fonte do direito, permitindo aos magistrados verdadeiramente criar, indo além do texto legal, criando, assim, um caminho livre para arbitrariedades, tais como o que hoje se entende por ativismo judicial.

O presente trabalho buscou esclarecer de que forma a prática do ativismo judicial resulta em reformulações inconstitucionais daquilo que é constitucional, confrontando certos princípios basilares do Estado Democrático e suas concepções flexibilizadas, adequadas à sociedade atual e atentas ao dito “clamor popular” (*vox populi, vox dei*), tido por fundamento de decisões judiciais, sobremaneira aquelas de cunho político.

Desde o marco histórico-jurídico consubstanciado no fim da Segunda Guerra Mundial, em grande parte dos países ocidentais houve um significativo avanço político-normativo visando nunca replicar os horrores vivenciados neste que foi um dos conflitos que mais impactou a história da humanidade, mas isso levou a um questionamento: a prática do ativismo judicial se afigura como uma evolução ou um retrocesso jurídico, ante as flagrantes violações de direitos fundamentais que essa prática tem proporcionado?

Pretendeu-se assim, demonstrar como a evolução da filosofia do direito, especificamente do direito constitucional inaugurado em 1988, após um regime de exceção, representa atualmente flagrantes violações a direitos fundamentais através de atos jurisdicionais que ultrapassam a função típica do Poder Judiciário, analisando a formação histórica do neoconstitucionalismo, identificando como este tem fundamentado a prática do ativismo judicial e tal prática nociva aos ditames constitucionais, especialmente o dever de imparcialidade.

O presente trabalho foi elaborado através de pesquisa pautada em revisão bibliográfica, a qual consistiu na leitura e seleção das obras mais pertinentes sobre o tema, escritas por autores já consagrados no meio acadêmico, examinando o tema sob um novo enfoque, de modo a concluir pela solução do problema.

2 | NEOCONSTITUCIONALISMO: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

O neoconstitucionalismo encontra sua origem histórica, na Europa, no período de reformas constitucionais do segundo pós-guerra, sobremaneira na Alemanha e na Itália, num movimento que posteriormente se espalhou para outros países, tais como México, Colômbia, Argentina e, já no final do século, atingiu o Brasil.

Esse processo de reconstitucionalização teve por objetivo principal redefinir o papel da Constituição ao aproximar o constitucionalismo e o ideais de democracia, resultando em uma nova organização política, a qual recebeu o nome, hoje bastante difundido, de Estado Democrático de Direito (ou ainda, Estado Constitucional).

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, juntamente com a criação de um Tribunal Constitucional Federal, em 1951, deu azo a um desenvolvimento teórico e

jurisprudencial tentando explicar o fenômeno, o que promoveu uma evolução teórica ímpar de Estados de raiz romano-germânica, na esfera do direito constitucional.

Não se pode olvidar também, conforme dito anteriormente, do papel desempenhado pelo direito italiano nessa ascensão teórica (e filosófica também), com o advento da Constituição de 1947, e a Corte Constitucional em 1956, o que permitiu, na década de 70, que também os países ibéricos, castigados pelo franquismo (Espanha) e salazarismo (Portugal), passassem por um processo de reconstitucionalização e redemocratização, o que foi seguido pelo Brasil, quase vinte anos depois.

Sobre o tema, são precisas as lições de Daniel Sarmento:

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. (SARMENTO, 2009, p. 5)

Verificou-se, desse modo, uma aproximação do constitucionalismo norte americano, para o qual a Constituição é, efetiva e teoricamente, verdadeira norma jurídica, limitadora dos poderes legislativos e passível de extirpar leis que a contrariem do ordenamento jurídico, o que Marshal pôs em prática em 1803, ao julgar o icônico caso *Marbury vs. Madison*, dando início ao que hoje se entende por controle difuso de constitucionalidade.

Uma diferença, porém, se verificou nas constituições europeias do período em relação à carta norte-americana. Enquanto esta é sintética, definindo apenas a organização fundamental do Estado e assegurando certos direitos individuais, aquelas extrapolaram esse sentido (sendo, por isso, o que a teoria denomina analíticas), acrescentando uma alta carga axiológica ao texto fundamental, o qual passou a disciplinar temas que até então não eram atribuídos à carta constitucional, e exemplo da economia e das relações de trabalho *v.g.*

Isso também provocou o surgimento de uma nova categoria de direitos, os chamados direitos de segunda geração, marcados por serem direitos sociais de caráter positivo (prestacional), ou seja, exigem que o Estado agisse para assegurá-los, contrapondo-se aos direitos individuais, assegurados quando o Estado se abstém.

Essa nova ordem constitucional ocasionou também o fenômeno da constitucionalização do direito, à medida que a interpretação extensiva e mais ampla das normas fundamentais ampliou a influência das cartas políticas sobre o ordenamento como um todo, promovendo nova exegese de normas e institutos vinculados aos mais diversos ramos jurídicos, o que, até então, era inconcebível.

Como as constituições passaram a guardar axiomas em seu bojo, notou-se que as normas, em sua maioria, eram marcadas por indeterminação semântica, dado serem princípios, o que, por certo, exigia uma nova técnica hermenêutica, diante dos frequentes

conflitos entre princípios. Para tanto, surgiu a técnica da ponderação, baseada no princípio da proporcionalidade, fundamentando a legitimidade das decisões que recorriam a esta técnica em elementos desprezados pelo positivismo clássico, incorporando ao Direito concepções morais e empíricas.

Nesse ínterim, o já citado Daniel Sarmento preleciona:

Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. (SARMENTO, 2009, p. 7)

Dessa forma, na esteira do neoconstitucionalismo, faz-se uma releitura do princípio da tripartição dos poderes, o qual impunha limites bastante rígidos à atuação do Poder Judiciário, favorecendo novas concepções em defesa de valores constitucionais, antes violados à socapa e à sorrelfa pelos regimes autoritaristas europeus.

Logo, preferem-se teorias democráticas mais substantivas em detrimento das teorias até então majoritárias acerca do princípio democrático (todo poder emana do povo), legitimando, portanto, maiores limites ao poder de legislar, em prol dos direitos fundamentais. Em suma, deu-se maior liberdade ao julgador (não eleito), ao passo que se restringiu os poderes do legislador.

A teoria das fontes do direito também foi afetada, haja vista que deixou seu enfoque nos códigos e na lei formal, e passou a fundar-se na Constituição enquanto centro do ordenamento, além de valorizar o papel criativo da jurisprudência, ao reconhecer a força normativa de princípios altamente axiológicos, como a dignidade da pessoa humana, cuja aplicabilidade no caso concreto passa a ser precedida por um debate ético/moral entre os julgadores.

Não se pode, entretanto, dizer que o neoconstitucionalismo fundiu Direito e Moral, sanando o embate secular entre positivistas e jusnaturalistas, embora não seja errado afirmar que seus paradigmas, certamente abriram espaço para a discussão moral no âmbito jurídico, atenuando a distinção clássica entre a descrição do ser e a prescrição do dever ser. A fronteira Direito-Moral, ainda que existente, tornou-se porosa, uma vez que o ordenamento passou a incorporar princípios de justiça, os quais foram levados a sério pela cultura e dogmática jurídica.

O juiz, nos moldes neoconstitucionais, torna-se o protagonista, responsável por ler o Direito a partir de uma perspectiva interna, ou seja, de alguém que participa do processo ao qual a norma será interpretada e aplicada, deixando em segundo plano seu papel enquanto observador, pautada em sua visão externa. Essa monomania pelo Judiciário acaba por ignorar o papel das demais instituições na interpretação constitucional, uma vez que o juiz

é visto como o guardião das promessas da Constituição, dando azo à diversas críticas, que veem no neoconstitucionalismo um certo elitismo e o definem como resistente ao autogoverno popular.

Seus defensores o têm como um movimento capaz de conduzir à emancipação humana através do Judiciário, acalentando um ideário humanista por meio da dogmática constitucional moderna. Os adeptos teóricos do neoconstitucionalismo, nesse ínterim, obstinam-se nesses postulados abstratos, buscando perscrutar o projeto de emancipação racional através dos instrumentos disponibilizados pela Constituição, sobremaneira os direitos fundamentais.

Esclarecido o histórico do neoconstitucionalismo no direito alienígena e seus fundamentos teóricos, passa-se agora a uma análise de seu desenvolvimento do direito brasileiro, a partir da promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988.

Sobre essa mudança em *terrae brasilis*, nos esclarece Luís Roberto Barroso:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (BARROSO, 2006, p. 3-4)

De fato, antes da Constituição Cidadã, as constituições, desde o início, não eram, na prática, verdadeiras normas jurídicas, muitas vezes servindo de fachada para um estado verdadeiramente hipócrita, haja vista que assegurava a igualdade em seu texto fundamental, mas tinha na escravidão sua principal instituição (Constituição de 1824), ou ainda garantia liberdade, integridade física e vida em pleno regime de exceção, onde incontáveis cidadãos desapareceram e/ou foram torturados.

Da mesma forma como ocorria da Europa, a lei, em termos de tráfico jurídico, possuía um prestígio maior do que a carta política que lhe dava fundamento, e muitas vezes a própria lei era preterida em relação a portarias e decretos. Essa situação, aliada às limitações do Poder Judiciário, criaram um cenário em que a Constituição consagrava um sem número de direitos, entretanto, estes dependiam dos governantes eleitos para que se pudessem concretizar (o que raramente acontecia, ressalte-se).

Diante deste flagrante estado de coisas inconstitucional, veio a Assembleia Constituinte de 1987/88 coroar a redemocratização do país e promulgar uma nova Carta Magna, recheada de direitos fundamentais, quer individuais, sociais ou difusos, dando-lhes aplicabilidade imediata (embora sujeita a regulamentação em certas hipóteses) e defendendo-os ao inseri-los em um núcleo imutável, o qual não poderia ser suprimido nem

mesmo por Emenda Constitucional, as chamadas cláusulas pétreas, inseridas no art.60, §4º, IV.

A nova ordem que se levantou, conferiu ao Poder Judiciário maiores liberdades e independência em relação aos demais poderes constituídos, sobremaneira o Legislativo, consagrando que a lei não poderia excluir qualquer ameaça ou lesão de direito, da apreciação do Poder Judiciário, bem como estabelecendo os remédios constitucionais enquanto ferramentas para concretizar os direitos fundamentais presentes na Lei Maior (vide o papel do mandado de injunção *v.g.*), e fortalecendo, por fim, os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Verificou-se, com essa última mudança substancial, um acréscimo acentuado de legitimados ativos para a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, ampliando o âmbito da chamada jurisdição constitucional, ao criar novos mecanismos de controle, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e posteriormente, a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Com isso, favoreceu-se a judicialização da política ao permitir que qualquer partido, desde que representado no Congresso (independentemente do número de representantes), possa provocar o Supremo Tribunal Federal (STF) a fim de que este decida acerca da (in) constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo pela via concentrada.

Como consequência, não raras as vezes, parcela do Congresso, composta por parlamentares que tenham perdido na via legislativa algum processo político de seu interesse, bate às portas do STF pedindo que solucione o imbróglio ao dar a interpretação definitiva à norma, de acordo com os postulados constitucionais, o que atravança o Pretório Excelso com análises frívolas, relegando ao esquecimento questionamentos importantes, cuja solução acaba nunca acontecendo, ou se dá de maneira precipitada, deturpando os valores constitucionais para atender o clamor social (*vox populi, vox dei*), como se verifica no tema da prisão em segunda instância.

Assim como ocorreu nos sistemas europeus, a Carta de 1988 passou a tratar de uma diversidade de assuntos, alguns dos quais até hoje se questiona sua pertinência ao texto magno. Trouxe também uma grande quantidade de princípios abstratos, com alto teor axiológico e, portanto, capazes de se irradiar por todos os ramos do direito, através do fenômeno da constitucionalização, segundo o qual, além de incluir no texto assuntos antes relegados à legislação ordinária, toda o ordenamento deve sofrer uma releitura pela ótica constitucional, numa verdadeira filtragem axiológica do Direito.

O neoconstitucionalismo no Brasil encontrou um forte apoio da doutrina, sobretudo do hoje Ministro Luís Roberto Barroso, para quem a Constituição, como norma jurídica que é, merece aplicabilidade pelos magistrados no cotidiano forense, e não apenas pela Corte Constitucional (no caso do Brasil, o STF), visando utilizar a dogmática dessa nova ordem para emancipar a política ao concretizar os ditames constitucionais, no que ficou conhecido como constitucionalismo da efetividade.

Nesse ínterim, toma a jurisdição, através do juiz, o papel de protagonista na realização dessa vontade constitucional de assegurar direitos fundamentais, centrando-se nas normas, cujos efeitos deveriam ser extraídos pelo intérprete conforme a densidade maior ou menor do texto positivado. Tal corrente buscou aproximar o direito constitucional do direito processual, afastando o primeiro da dogmática da teoria geral do Estado.

E ainda que essa corrente doutrinária não se confunda com o neoconstitucionalismo em si, permitiu o surgimento de um segundo movimento, esse sim, de cunho eminentemente neoconstitucional: as correntes pós-positivistas, cujo cerne dogmático é a discussão acerca da ponderação, proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais.

Com isso, os direitos de segunda geração (sociais), antes definidos como meras normas de conteúdo programático, ganharam a atenção da doutrina e jurisprudência, as quais passaram a discutir sua eficácia a partir de novos eixos, trazendo à baila o discurso moral.

Ganha espaço, deste modo, uma argumentação pautada em axiomas e democracia, novas categorias trazidas da tradição germânica, como a proibição do retrocesso e a reserva do possível, conceitos abertos a interpretação, a qual passa, invariavelmente por uma análise interpessoal de cada julgador, conforme as experiências de vida e a construção do substrato moral que motiva cada um em suas ações cotidianas, ainda que tal discurso destoe da fundamentação jurídica exigida pela Constituição.

Não se questiona, entretanto, a legitimidade da jurisdição constitucional, dada sua previsão pela própria Lei Maior, mas o debate cinge-se na forma em que deve-se exercê-la. De acordo com a corrente perfilhada pelo intérprete, verifica-se maior ou menor grau de ativismo, ou ainda se recusa esse ativismo em determinadas áreas para defendê-lo em outras.

A argumentação, assim, passou a se relacionar diretamente com os debates da Filosofia Política, dando origem a posicionamentos diversos, variando do procedimentalismo ao substancialismo. E, dentre essas correntes, o neoconstitucionalismo abraça aquelas de cunho substancialista, por vislumbrarem no ativismo judicial uma forma de defender os valores constitucionais, residindo aí sua validade.

O neoconstitucionalismo no Brasil obteve, por isso, aprovação social, visto que a sociedade arraiga uma descrença nas instituições políticas, especialmente no Poder Legislativo e nos partidos que o povoam, tudo isso alimentado por escândalos de corrupção e ideais pautados em um sistema corrompido, movido por interesses particulares, gerando uma sensação (ou uma esperança) de que a solução para tais problemas resida no Poder Judiciário. E todo esse substrato, construído durante décadas pelo neoconstitucionalismo na Europa e posteriormente no Brasil, favoreceu a prática do ativismo judicial, cuja relação com o movimento neoconstitucional será analisada no capítulo subsequente.

3 I JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, ainda que deveras similares e comuns no cenário jurídico brasileiro, sobremaneira não se confundem, o que se pretende explanar melhor ao longo do presente capítulo, bem como demonstrar a relação entre o ativismo e o neconstitucionalismo, com especial enfoque na forma como este fundamenta aquele.

A Carta Política brasileira é definida pela doutrina especializada como prolixa (analítica), e encerra um sistema constitucional misto, ou seja, com características do sistema concentrado (europeu) e idem do sistema difuso (americano), o que levou a diversos debates de grandes proporções no âmbito do Poder Judiciário, o que não integra sua função típica no sistema puro da *civil law*, predominante no sistema pátrio. Luís Roberto Barroso, a esse respeito, traz uma definição bastante precisa, conforme se verifica no seguinte excerto:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2012, p. 2)

Assim, a judicialização consubstancia-se numa transferência do poder para decidir certas questões para juízes e tribunais, alterando sobremaneira a linguagem, argumentação e modo de influir na sociedade. Dentre as causas do fenômeno, destaca-se a redemocratização do país, cujo marco inicial foi a atual Carta Política, que em seu bojo trouxe a recuperação das garantias da magistratura, a qual deixou de ser vista como um departamento técnico-especializado e se transformou em verdadeiro poder político, capaz de confrontar os demais poderes para garantir a eficácia das normas fundamentais.

Nesse aspecto, sobre o momento atual do direito constitucional brasileiro (pós 1988), a doutrina de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco consegue trazer o conflito entre Direito, Moral e Democracia, de maneira bastante clara e precisa, conforme se depreende do seguinte excerto:

O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo (MENDES; BRANCO, 2014, p. 53).

Essa constitucionalização abrangente foi uma tendência mundial, inaugurada em 1976 pela Constituição de Portugal e dois anos depois foi seguida pela Constituição

Espanhola, potencializando-se em *terrae brasilis* pela carta de 1988. Constitucionalizar uma matéria, de forma bastante simples e ainda sim bastante precisa, é transformar Política em Direito. Essa questão (constitucionalizada), seja um direito ou um serviço público, na medida em que recebe guarida constitucional, transforma-se em pretensão jurídica, passível de ser articulada enquanto ação judicial. Tal positivação constitucional muda o foco da exigibilidade, uma vez que as norma infraconstitucionais só obtém legitimidade quando em consonância com a própria Constituição, o que pode ser questionado judicialmente em caso de dissonância, como aponta Barroso:

Se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, 2012, p. 2)

Por conseguinte, a terceira causa da judicialização pode ser atribuída ao sistema híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro. Isso porque, esse sistema eclético abrange o sistema americano de controle incidental, em que todo juiz ou tribunal pode se escusar à aplicação de uma lei ou ato normativo que repute inconstitucional, sem, entretanto, retirá-la do ordenamento. Abarca igualmente o sistema europeu, permitindo que certas matérias sejam submetidas diretamente à Corte Constitucional, através dos instrumentos disponibilizados pela própria Carta Política.

Com isso, pretende-se demonstrar que essa tendência não é nova, e pode ser vislumbrada em diversos julgamentos do STF, em que se trouxe à baila a discussão sobre políticas governamentais (Reforma da Previdência *v.g.*), limites da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito, papel do *parquet* na investigação criminal, liberdade de expressão e racismo, e progressão de regime em caso de condenados por crimes hediondos.

Tratando das mudanças paradigmáticas sofridas pelo processo civil após o advento da Constituição Cidadã, José Miguel Garcia Medina, em sua obra Curso de direito processual civil moderno, é enfático no sentido de que:

A vida passa a ser contemplada a partir dos olhos da Constituição. Fala-se em “constitucionalização” do direito. Compreende-se, então, que o direito das regras dos códigos, que vem a ser o direito do estado de direito, é substituído pelo direito de princípios, que é o direito do estado constitucional democrático e de direito (MEDINA, 2017, p. 73).

Já em se tratando do ativismo judicial, a situação é outra, tendo em vista que este último se apresenta como um método interpretativo da constituição, hipertrofiando o alcance e sentido das normas objeto de análise. Tem espaço, nesse íterim, em ocasiões que o legislador ou o administrador público permanece inerte, omissão essa passível de causar danos a certos direitos fundamentais.

Parcela mais conservadora da doutrina chama atenção acerca do perigo da prática

em questão para a legitimidade democrática, tripartição dos poderes, segurança jurídica e acima de tudo, aponta para a incapacidade institucional do Judiciário diante de certas questões que estão fora de sua alçada.

Claro que, sob a égide do neoconstitucionalismo, não se cogita de uma substancialização do Estado de Direito sem certo grau de criatividade do Judiciário em suas construções, derrocando os argumentos conservadores, sem entretanto, justificar e validar o fenômeno.

Seus defensores aduzem que, a legitimidade democrática estaria assegurada na medida em que a Constituição de 1988 estabeleceu um estado intervencionista, em que se juízes e tribunais, em tese, não devem escusar-se à aplicação da lei e da Constituição (princípio do *non liquet*). Já a politização não ocorreria, haja vista que os magistrados só estão permitidos de atuar nos limites determinados pelo ordenamento. O magistrado, nesse aspecto, não pode quedar-se silente frente às injustiças, devendo sempre sopesar as conseqüências políticas de suas decisões.

A segurança jurídica, dessa forma, cede espaço para que sejam prolatadas decisões mais justas, ao passo que, a tripartição dos poderes restaria assegurada, pois todas essas decisões retiram seu fundamento da Constituição da República, a qual foi promulgada em cinco de outubro de 1988, por representantes do povo. O Poder Judiciário, por sua vez, não seria dotado de incapacidade para decidir certas questões, as quais serão fundamentadas em valores oriundos da instância especializada.

O ativismo judicial, assim, encontra sua justificação no Neoconstitucionalismo (e não na Constituição, o que será mais bem desenvolvido oportunamente), para o qual não se vislumbram normas de simples exortação político-ideológica, ou seja, não vinculativas para os particulares ou Poderes constituídos. Esse pensamento, para os defensores do fenômeno, não pode prosperar, uma vez que a Carta Magna brasileira apregoa expressamente a aplicabilidade imediata das normas que estabelecem direitos fundamentais.

Sendo assim, o STF, enquanto corte constitucional brasileira e responsável pela guarda da Constituição, tem o dever, nos moldes neoconstitucionais, de aplicá-la em atenção aos direitos fundamentais, atuando em “defesa” da democracia, “valorizando-os”.

Os idealistas e apoiadores do fenômeno defendem a adoção de uma visão moderna, que busca valorizar os princípios e direitos fundamentais, sobremaneira a dignidade da pessoa humana, concretizando tais valores, dentro do processo, pela atuação conjunta das partes e do juiz.

Esse movimento de constitucionalização foi o responsável pela disseminação da jurisdição constitucional a novos âmbitos sociais, da qual decorre a aplicação constitucional em novas matérias, levando a um aumento nas demandas que chegam ao STF (vez que passam a versar sobre matéria constitucional), bem como a um maior interesse do cidadão acerca de seus direitos, provocando uma judicialização cada vez maior de políticas públicas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra sobre Direito constitucional, vê no

movimento neoconstitucionalista, uma forma de racionalizar o poder, que nada mais é senão do que desejo inerente ao constitucionalismo. Para ele

A racionalização do poder, nome pelo qual essa tendência a incorporar nas Constituições as sutilezas do jurista veio a ser conhecida, prolonga de certo modo o constitucionalismo. De fato, a ideia de racionalizar a vida política já estava presente nesse movimento, embora mais atenuada. Da mesma forma, a pretensão de enquadrar pela lei inteiramente a vida política, que se desvenda na racionalização, não passa de um exagero do desejo inerente ao constitucionalismo de fixar por meio de regras escritas os lineamentos fundamentais da existência política (FILHO, 2011, p. 35).

Os neoconstitucionalistas fundamentam o fenômeno do ativismo judicial também no caráter público do processo (formalismo valorativo), o qual é salientado por essa constitucionalização de direitos e garantias fundamentais. A Lei Maior, desse modo, adota uma verdadeira força normativa e genuína efetividade, deixando suas normas de ser encaradas como integrantes de um documento meramente político. Ao contrário, goza de aplicabilidade direta e imediata, a exemplo do direito à saúde, subjetivo *lato sensu*, admitindo até mesmo tutela jurídica específica.

Por conseguinte, não mais se pode cogitar de uma atuação Legislativa e Executivo insuscetível de controle judicial, haja vista que a tendência neoconstitucional é de uma atuação cada vez maior do Judiciário, visando efetivar os direitos sociais. Tal Poder, assim, passa a ser invocado para intervir no âmbito Administrativo (para assegurar o direito à saúde ao garantir o fornecimento de medicamentos *v.g.*). Tal intervenção visa, acima de tudo, realizar uma prestação jurisdicional uniforme e universal de direitos sociais.

Comum é a afirmação de que o julgador não pode mais ser considerado “boca da lei”, sendo emprazado a adotar uma leitura criativa e construtiva da hermenêutica constitucional, buscando materializar os direitos fundamentais consagrados na carta política. A sentença exarada por esse julgador “ativo” resulta de uma interpretação principiológica e valorativa da Constituição, consagrando-se como a decisão mais justa dentre aquelas possíveis.

E com essas alterações estruturais pelas quais passou o ordenamento jurídico pátrio, verificou-se uma interferência crescente da Moral sobre o Direito, e sobre o tema, é importante trazer à baila as lições do mestre Miguel Reale, que desde 2002, em sua obra *Filosofia do Direito* já chamava atenção para o risco dos juízos morais:

[...] é impossível falar-se em “verdade moral”, porque a verdade é apenas atributo dos enunciados lógicos, e não de uma diretiva do comportamento humano. Uma diretiva não pode ser classificada como “verdadeira” ou “falsa”, porquanto estes predicados só se aplicam a enunciados, ou seja, a proposições, as quais podem ser sintéticas ou analíticas (REALE, 2002, p. 19).

Pretende-se com esse fenômeno, não mais subterfugar tais matérias, tampouco manter um comportamento conservantista, entendendo seus defensores como uma grande evolução do Direito que visa afirmar o ativismo como embasado e bem estruturado no

neoconstitucionalismo. Este último fenômeno baseia-se numa aproximação do campo da Ética, enquanto instrumento de legitimidade e justiça, balizando-se o poder político por meio do poder jurídico.

Nota-se, em síntese, que o fenômeno da judicialização e a prática do ativismo judicial são aparentados, sem que se confundam, pois como bem expõe Barroso:

[...] a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2012, p. 3)

Logo, tem-se que a judicialização decorre do sistema institucional, ao passo que o ativismo judicial decorre tão somente da atuação (pró-ativa) do órgão julgador, cuja atuação exige provocação, sendo justamente a forma como exerce sua função típica (se balizada pela Constituição ou à socapa desta) que irá determinar a ocorrência ou não desse fenômeno.

4 | DO ATIVISMO JUDICIAL E SUAS CRÍTICAS

Inicialmente, cumpre salientar que a postura típica do ativismo judicial se manifesta sob três condutas principais, sendo a primeira delas, a aplicação direta da Constituição a hipóteses fáticas que não possuem previsão em seu texto magno e sem qualquer atividade legiferante ordinária. A segunda dessas condutas compreende a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com supedâneo em critérios que não a ostensiva violação da Constituição e a terceira verifica-se na imposição de condutas ao Poder Público, quer positivas ou negativas, especialmente no que se refere à questão de políticas públicas.

As raízes do ativismo judicial encontram-se na jurisprudência norte-americana, e a princípio tinha caráter conservador, exurgindo do julgamento pela Suprema Corte no caso *Dred Scott v. Sanford* em 1857, em que sua atuação pró ativa deu azo à segregação racial e à invalidação das leis sociais, o que motivou um verdadeiro confronto entre o Presidente Roosevelt e a corte máxima, provocando a mudança da orientação jurisprudencial contrária à intervenção do Poder Público (*Wes Coast v. Parrish*, em 1937).

Já na década de 50, a situação foi inversa, na medida em que a Suprema Corte, comandada por Warren e posteriormente por Burger, procedeu a uma produção intensa de jurisprudência progressista em termos de direitos fundamentais, sobremaneira em questões raciais, feministas (interrupção da gravidez, inclusive), criminais e em questões relacionadas ao direito a privacidade, a exemplo dos casos *Brown v. Board of Education* e *Griswol v. Connecticut*, respectivamente em 1954 e 1965.

Aliás, o oposto de ativismo judicial é justamente a auto-contenção, em que o Poder Judiciário reduz ao máximo seu envolvimento nas condutas típicas dos outros Poderes. Desse modo, os magistrados evitam a aplicação direta da Lei Maior à situações não contempladas em seu bojo, expectando a atuação do legislador ordinário, fazendo uso, então, de métodos mais hirtos e conservadores para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e, por fim, abstendo-se de intervir no âmbito das políticas públicas. Essa linha de atuação auto-contida era a adotada em *terrae brasilis* até a promulgação da Constituição de 1988.

A diferença metodológica central entre tais linhas de atuação judicial repousa no fato que o ativismo busca extrair o máximo potencial do texto constitucional, sem interferir no campo criativo do Direito, ao passo que a auto-contenção, limita a incidência constitucional em prol das esferas particularmente políticas.

Verifica-se, nesses diaspação, que o Judiciário brasileiro tem adotado um posicionamento notadamente ativista, conforme se pode verificar na aplicação da Constituição a situações que não estão nela contempladas, a exemplo da questão da fidelidade partidária, em que se criou uma nova possibilidade de perda de mandato parlamentar. Do mesmo modo, o Pretório Excelso brasileiro estendeu a proibição do nepotismo nos demais poderes constituídos, concretizando seu entendimento em uma súmula vinculante após julgar apenas um caso, o qual assumiu verdadeiramente um caráter semi-normativo.

O fundamento adotado pelo tribunal valorizou os postulados da impessoalidade e moralidade, acrescentar uma vedação estranha tanto ao texto constitucional quanto infraconstitucional, ou seja, na prevista no ordenamento jurídico.

Outro caso emblemático que demonstra claramente a postura ativista adotada pelo Poder Judiciário brasileiro, verificou-se na verticalização, em que se declarou a inconstitucionalidade de um ato normativo pautando-se em critérios que não a flagrante violação do texto constitucional. A mesma ideia se aplica à declaração de inconstitucionalidade das normas que previam a chamada cláusula de barreira enquanto limitação aos partidos políticos que não atendessem aos pressupostos mínimos de atuação eleitoral.

Sobre o caso em questão, muito bem elucidou Luís Roberto Barroso, no seguinte excerto:

O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua

aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o *status* de cláusula pétreia. (BARROSO, 2012, p. 5)

Como terceira conduta tipicamente ativista praticada pelo Poder Judiciário, no caso, atribuindo condutas positivas ou negativas ao Poder Público de forma impositiva acerca de políticas públicas, cita-se o recorrente caso de concessão de medicamentos e custeio de terapias mediante decisão judicial. O Pretório Excelso, apesar de analisar casos tais, não fez de modo aprofundado, salva nas hipóteses de suspensão de liminar em mandado de segurança concedida pelas justiças Estaduais e Federal, determinando aos entes federados (até mesmo solidariamente, por vezes) que patrocinem medicamentos e terapias não contemplados nas listas do Ministério e das Secretarias de Saúde.

Na maioria dos países que possuem um sistema de cortes ou tribunais constitucionais, verifica-se o binômio autocontenção-ativismo, no exercício de suas respectivas competências para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. A prevalência de um ou outro modelo alterna de acordo com a influência dos demais poderes constituídos.

Tomando-se o Brasil como exemplo, é flagrante um maior equilíbrio entre o Poder Executivo e Judiciário, apesar de certas polêmicas nos últimos anos envolvendo o abuso de medidas provisórias, gozando de relativa popularidade. Tal situação não se verifica, por sua vez, em relação ao Poder Legislativo, em virtude de uma flagrante crise de representatividade e funcionalidade, provocando um avanço do Judiciário sobre suas funções típicas, sob o preceito de defesa constitucional, proferindo decisões para suprir omissões e inclusive inovando a ordem jurídica.

Os defensores do ativismo vêem nesse avanço sobre o Legislativo um aspecto positivo, na medida em que atende demandas dos jurisdicionados não satisfeitas pelo parlamento, como no caso de greve no serviço público. Por outro lado, a face negativa do fenômeno é justamente a demonstração das dificuldades suportadas pelo Poder Legislativo, não se restringindo ao panorama brasileiro, em que uma reforma política é premente, com vistas a estimular uma aproximação da classe política com a sociedade civil.

Mas mesmo para seus defensores, as decisões ativistas devem ser esporádicas, em momentos históricos certos, embora afirmem que inexistem democracia sem uma atividade política intensa, um Poder Legislativo atuante e dotado de credibilidade, o que não se verifica, porém, no Brasil, em que as audiências públicas e o posterior julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca de pesquisas com células-tronco embrionárias, foram dotados de uma maior visibilidade do que a atividade legislativa da qual decorreu a elaboração da lei respectiva.

Conforme mencionado anteriormente, uma das objeções levantada pelos críticos do fenômeno, foram os riscos para a legitimidade democrática, conforme bem salientado por

Daniel Sarmiento:

(...) o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas. Contudo, este viés judicialista sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juizes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. (SARMENTO, 2009, p. 25)

A crítica democrática repousa no simples fato de que, em uma democracia, é de suma importância que as decisões políticas mais significativas sejam tomadas ou pelo povo em si, ou por seus representantes eleitos. Claro que na contemporaneidade, os teóricos reconhecem não se esgotar a democracia no respeito ao princípio majoritário, conjecturando antes atender as regras que incluem a garantia de direitos fundamentais, buscando viabilizar o envolvimento igualitário do cidadão na esfera pública, além de tutelar as minorias, em respeito à igualdade.

A questão aqui se restringe à dosagem, uma vez que a imposição de certos limites à decisão das maiorias justifica-se em nome da democracia, pois o abuso revela-se antidemocrático, por cercear demasiadamente o direito de o povo autogovernar-se. Não se trata apenas da divisão de poder ao longo do tempo, dado que a dificuldade democrática não reside somente na circunstância de as constituições retirarem do legislador ordinário futuro a oportunidade de tomar determinadas decisões.

O debate cinge-se no reconhecimento de que, frente à vagueza e abertura das normas constitucionais, o exegeta igualmente toma parte em seu processo de criação. Verifica-se assim a crítica de que esse viés judicialista latente ao neoconstitucionalismo, termina por atribuir aos magistrados um verdadeiro poder constituinte perene, permitindo-lhes delinear a constituição conforme suas preferências políticas e axiológicas, em detrimento daquelas já estabelecidas pelo legislador eleito.

Tal visão motivou a rejeição por diversas correntes filosóficas ao longo da história, da jurisdição constitucional, ou ao menos do ativismo judicial, desde os revolucionários franceses do século XVIII até os constitucionalistas populares dos Estados Unidos. No Brasil, por sua vez, costuma-se traçar um paralelo entre a defesa do ativismo e os pensamentos sociais progressistas, talvez pelo fato de que o Judiciário pátrio tem errado mais por omissão do que por ativismo excessivo, acercando-se assim, dos desmandos políticos e econômicos.

Costuma-se atribuir as críticas à judicialização da política e da vida social ao um viés conservador. Esse paralelo, entretanto, inexistente, uma vez que o Poder Judiciário pode, no exercício de sua função típica, refrear mudanças fundamentais promovidas pelos demais poderes, em prol daqueles preteridos, em defesa do *status quo*.

Foi o que ocorreu, inclusive, nos Estados no início do século XX, no período conhecido como Era de Lochner, quando a *Supreme Court* impediu de forma sistemática

a elaboração de legislação do trabalho e de algumas outras providências relacionadas à ingerência no âmbito econômico, em prol das classes menos favorecidas, baseadas em uma interpretação substancial do postulado do *due process of law*.

E essa judicialização da política na contemporaneidade, tem, sob certo viés, como pressuposto uma tentativa das elites econômicas e culturais manterem seus status políticos, vez que esquecidas no atual panorama, reiterando na dinâmica institucional do Estado a importância do Poder Judiciário, em que tais elites ainda possuem certa dominância. Questiona-se, assim, se a proteção absoluta que tem sido conferida ao direito adquirido no Brasil e o chamado ultra-garantismo penal em certos crimes não seriam justamente exemplos desse mesmo evento.

Contudo, um destaque excessivo na esfera judicial pode conduzir ao esquecimento de outras áreas significativas para a concretização do texto constitucional e dos direitos nele consagrados, propiciando um desestímulo da mobilização cívica do jurisdicionado. Ressalte-se que, em certas (raras) hipóteses, pode o ativismo judicial caminhar em paralelo com o essa mobilização social, a exemplo das manifestações por direitos civis nos Estados Unidos, durante as décadas de 50 e 60, obtendo uma resposta positiva da Suprema Corte.

Isso, contudo, nem sempre se verifica, haja vista que essa exaltação ativista pode levar um afastamento dos cidadãos do campo de luta por direitos e dos movimentos que, de alguma forma, destoem ou não se aproximem das corporações jurídicas, e essa preocupação com a exegese constitucional tende a ofuscar o papel determinante das demais instâncias na atribuição de sentido da Constituição.

Essa insistência com a hermenêutica constitucional tendo a ofuscar o papel principal das demais instâncias, na atribuição de sentido ao texto constitucional, a exemplo do Executivo, Legislativo e da esfera pública informal. Esse desvio provoca certas consequências negativas, quer no plano descritivo, quer no âmbito normativo.

Na esfera descritiva, cria-se uma imagem bastante parcial do panorama constitucional, que não é observado com todas as suas peculiaridades e méritos, passando a atenção a recair sobre a ação de um dentre os diversos agentes que desempenham o papel de interpretar a Lei Magna.

No aspecto normativo, por sua vez, beneficia-se um governo nos moldes preconizados por Platão, de sábios togados, convidados a adotar um posicionamento paternalista frente à sociedade infantilizada. Fundamenta-se, assim, a prática do ativismo judicial, partindo de uma aceitação crítica do processo político majoritário, mas que, por sua vez, despreza os diversos problemas que acometem o Poder Judiciário, elaborando-se teorias com base em concepções romantizadas e idealizadas do magistrado.

Contudo, se o processo político majoritário brasileiro está eivado de vícios deveras gravosos (e está), é certo que os magistrados não podem ser compreendidos como seres quase divinos, tampouco sua esfera de atuação deve ser compreendida como imune à política. E essa idealização do magistrado não se coaduna com as patentes

carestias suportadas pelo Poder Judiciário brasileiro, a exemplo do número exagerado de processos em trâmite, comprometendo sobremaneira a capacidade dos juízes dedicarem individualmente a cada processo o tempo e o conhecimento técnico necessários para atender aos ditames do formalismo valorativo e neoconstitucionais.

Cumprido salientar também que a formação dos magistrados brasileiros (o ensino jurídico em geral, na verdade), está repleta de lacunas e formalismos desnecessários, marcada por uma ausência de interdisciplinariedade, o que não tem sido corrigido nos concursos públicos para seleção e posteriormente no treinamento dos magistrados.

Essa fixação judicialista do constitucionalismo se reflete também na produção acadêmica brasileira. Isso porque, se por um lado há uma grande produção de artigos e livros acerca de princípios e regras, direitos fundamentais e hermenêutica constitucional (de forma bastante repetitiva, ressalte-se), outros temas, de maior importância para o desenvolvimento jurídico do país acabam por ser deixados de lado pelos juristas brasileiros, que fundamentam suas produções na Ciência Política, quando o cerne da questão é eminentemente constitucional.

Daniel Sarmento faz uma consideração bastante peculiar sobre o tema ao defender que, em determinadas hipóteses, justifica-se uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, especialmente no que se refere à defesa daqueles considerados hipossuficientes. Confira-se:

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como um certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura,¹²² conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas. (SARMENTO, 2012, p. 30)

E embora parte da doutrina crítica possa defender o ativismo em tais circunstâncias, essa mesma parcela reputa mais adequada uma conduta de auto-contenção, quer por obediência às discussões que permeiam o cenário político, quer pela constatação de que falta *expertise* ao Judiciário para proferir decisões que valorizem de forma hábil os ditames constitucionais, em esferas que não exigem um amplo conhecimento técnico estranho ao Direito (políticas públicas *v.g.*) Em casos tais, deve-se reconhecer que os demais órgãos que compõem o Estado são mais capazes de assumir uma posição central na concretização da vontade da Constituição.

Sedimenta-se, dessa forma, na cultura jurídica brasileira uma ideia errônea de que o maior (o único, talvez) intérprete da Constituição é o Poder Judiciário, o que não é verdade, uma vez que tal perspectiva ignora a auto-contenção, assim como rejeita a possibilidade

de que se construam diálogos entre as diversas instituições estatais, com vistas a definir a melhor exegese dos postulados constitucionais.

Tome-se como exemplo o famoso julgamento pelo STF da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, ocasião em que um dos argumentos mais significativos, despendido pelo então advogado de um dos *amicus curiae* favoráveis à pesquisa, Luís Roberto Barroso, tanto na tribuna quanto em sede de memoriais, residia numa ideia de que o Poder Judiciário deveria perfilhar um posicionamento mais comedido ao julgar a constitucionalidade da lei ora impugnada, vez que teria havido uma enorme consonância entre os parlamentares durante o processo legislativo.

Tal argumento foi amplamente repellido por alguns dos julgadores, que consideraram a questão insignificante, ao passo que os demais ministros (vencidos) acolheram em seus votos um posicionamento favorável à imposição de novas normas pelo Pretório Excelso na seara do Biodireito, exercendo verdadeira atividade legiferante em uma área na qual lhes faltava, sem sombra de dúvida, conhecimento técnico para tanto.

Conclui-se então que, o neoconstitucionalismo pátrio representa um erro derivado da confiança descomedida de que o Judiciário sempre será capaz de atingir satisfatoriamente as expectativas dos jurisdicionados nas mais diversas áreas, mesmo que lhe falte *expertise*, o que leva a uma inegável frustração e descontentamento.

E isso leva a um discurso deveras temerário no sentido de que o voto e a própria política devem ceder espaço à atividade judicante, especialmente no tocante à exegese constitucional dos princípios realizada pelo Supremo Tribunal Federal, o que pode conduzir a outro discurso de que o jurisdicionado, de quem advém o poder e para onde ele deve sempre voltar, de acordo com o princípio democrático, não sabe como exercer seu direito de voto, colocando no cerne dos questionamentos da doutrina especializada acerca do ativismo judicial repouse no questionamento de que a ditadura de farda não destoa tanto assim da ditadura de toga, o que, para dizer o mínimo, é democraticamente preocupante.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 25.ago.2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 06 Mar. 2020.

CORTÉS, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, 2010, Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/594/showToc>> (Acesso em 25.ago.2019).

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. – CEBRAP**. São Paulo, n. 96, p. 69-85, 2013. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25.ago.2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Revista direitos fundamentais & democracia**. Curitiba, v. 7, n. 7, p. 232-246, 2010.

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

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 06 mar. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Acesso à justiça 55, 58, 209, 216, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254

Amazônia 233, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247

Amicus Curiae 18, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59

Ativismo judicial 1, 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19

B

Bafômetro 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136

C

Concessão de medicamentos 14, 217, 219, 225, 226, 227

Constitucional 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 45, 48, 49, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 62, 64, 66, 70, 83, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 96, 99, 104, 113, 115, 117, 122, 123, 125, 127, 129, 134, 135, 136, 137, 151, 152, 154, 182, 183, 185, 188, 194, 195, 196, 198, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 213, 216, 219, 220, 221, 222, 223, 230, 233, 234, 235, 249, 252, 260, 264

Contratos 32, 41, 42, 139, 142, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263

Controle de constitucionalidade 6, 9, 14, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 45, 58

Cotas 82, 94, 198, 204

Criminalização da homossexualidade 155, 156, 163

D

Defensoria pública 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216

Desporto 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 192, 193, 195, 196

Direito 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 63, 66, 69, 70, 71, 75, 76, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 142, 143, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 165, 166, 168, 171, 172, 175, 176, 177, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 230, 231, 232, 233, 235, 237, 241, 243, 244, 245, 248, 249, 250, 252, 253, 255, 259, 263, 264

Direito cultural 88, 89, 90, 91, 107, 110

Direitos humanos 17, 88, 89, 91, 95, 96, 97, 98, 99, 104, 113, 136, 151, 156, 161, 167, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 180, 186, 187, 188, 195, 198, 202, 204, 208, 209, 214, 250, 264

E

Elegibilidade 60, 61, 62, 63, 64, 65, 69, 70, 71, 160

F

Fenômeno 1, 3, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 102, 147, 192, 193, 205, 206, 208, 233, 249

I

Inconstitucionalidade 6, 12, 13, 14, 23, 30, 31, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 47, 69, 118, 124, 129, 133, 134, 136, 238

Inelegibilidade 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71

J

Judicialização 1, 6, 8, 9, 10, 12, 15, 16, 18, 19, 31, 60, 69, 70, 71, 205, 206, 208, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 222, 223, 225, 229, 230, 231, 232

M

Multiculturalismo 100

N

Negros 23, 166, 167, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 204

Neoconstitucionalismo 1, 2, 4, 5, 6, 7, 10, 12, 15, 18, 19, 118, 136

P

Pandemia 214, 233, 234, 236, 237, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 249, 251, 253, 255, 258, 259, 260, 261, 262, 263

Poder constituinte 15, 26, 27, 28, 29

Políticas públicas 9, 10, 12, 13, 14, 17, 88, 92, 93, 120, 121, 135, 136, 166, 214, 215, 217, 219, 220, 222, 224, 225, 229, 230, 235, 237, 243, 264

Prostituição 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177

Proteção de dados 138, 139, 142, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154

Q

Queimadas 233, 234, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 245, 246, 247

R

Refúgio 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 178, 187

Renegociação 255, 256, 258, 259, 261, 262, 263

Revisão 1, 2, 60, 61, 100, 241, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263

S

Saúde 11, 14, 67, 96, 134, 161, 162, 172, 179, 180, 185, 194, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 251, 256, 260

Sistema de suplência 73

STF 6, 9, 10, 13, 18, 19, 20, 21, 25, 30, 31, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 55, 57, 64, 66, 111, 115, 200, 204, 211, 213, 216, 231, 237, 238, 244, 245


V

Venezuela 161, 171, 172, 173, 175, 177, 241







O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br



O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br