O Ativismo Judicial Dialógico como Legítimo Instrumento para Concretização dos Direitos Fundamentais*

Dialogical Judicial Activism as a Legitimate Instrument for the Achievement of Fundamental Rights

Tiago Lopes Nunes

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2008). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (2010). Especialista em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá (2018). Especialista em Direito e Prática Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (2023). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNOPAR/ANHANGUERA (2024). Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - DHJUS/UNIR (2023). Doutorando em Ciência Jurídica - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Foi Assessor Jurídico Especial do Ministério Público do Ceará (2008), Advogado (2008-2011) e Procurador do Município de Mossoró/RN (2008-2011). Desde 2011 é Promotor de Justiça em Rondônia. Foi Coordenador de Planejamento e Gestão do MPRO (2021/2023) e Vice-Presidente da Associação do Ministério Público de Rondônia (2023-2024). Atualmente é professor da Escola Superior e Secretário-Geral do Ministério Público de Rondônia. E-mail: 21818@mpro.mp.br.

Fábio Rodrigo Casaril

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (2006). Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Rondônia e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia desde 2011. Mestre em Direito pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA, IDP, Brasil (2021). Doutorando em Ciência Jurídica - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). E-mail: fabio.casaril@mpro.mp.br.

Laíla de Oliveira Cunha Nunes

Mestra em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - DHJUS/UNIR (2023). Especialista em Direito e Prática Constitucional (2023). Especialista em Direito Ambiental (2023). Especialista em Prevenção e Repressão à Corrupção (2018). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (2010). Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (2009). Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2008). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2006). Ex-oficiala do Ministério Público de Minas Gerais (2006-2011). Desde 2011 é

* [Recebido em: 12/07/2024 - Aceito em: 21/08/2024]

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia, atuando atualmente como coordenadora do Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes Contra a Ordem Tributária. E-mail: 21820@mpro.mp.br.

Resumo

O propósito do vertente trabalho consiste em analisar como decisões judiciais proferidas com o desiderato de implementar direitos fundamentais, por vezes pejorativamente classificadas como ativistas, possuem seu espaço de legitimidade dentro de um sistema normativo democrático. Para tanto, foi utilizado o método hipotético dedutivo, elegendo-se uma hipótese viável, sugerida como factível por meio de pesquisa bibliográfica. Inicialmente, o texto traz uma breve digressão sobre o surgimento do ativismo judicial e, na sequência, traça a possível relação entre essa técnica e a teoria do estado de coisas inconstitucional. Como resultado, conclui-se que o ativismo judicial, desde que dialógico, não viola o regime democrático e a separação dos poderes, sendo medida com o potencial de garantir a concretização da dignidade humana, pilar axiológico do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: poder judiciário; direitos constitucionais; democracia.

Abstract

The purpose of this paper aspect is to analyze how judicial decisions handed down with the aim of implementing fundamental rights, sometimes pejoratively classified as activists, have their space of legitimacy within a democratic normative system. To this end, the hypothetical deductive method was used, choosing a viable hypothesis, suggested as feasible through bibliographical research. Initially, the text provides a brief digression on the emergence of judicial activism and, subsequently, outlines the possible relationship between this technique and the theory of the unconstitutional state of affairs. As a result, it is concluded that judicial activism, as long as it is dialogical, does not violate the democratic regime and the separation of powers, being measured with the potential to guarantee the realization of human dignity, an axiological pillar of the Brazilian legal system.

Keywords: judiciary; constitutional rights; democracy.

Introdução

No cenário do constitucionalismo contemporâneo, a concretização dos direitos fundamentais tornou-se um imperativo não apenas social e político, mas também jurídico (Barroso, 2006). Em meio a uma sociedade em constante transformação, onde os valores e as demandas dos cidadãos sofrem acelerada metamorfose, o papel contramajoritário do Poder Judiciário assume relevância ainda maior na proteção e promoção da dignidade humana (Beck, 2018). Nesse contexto, emerge o conceito de ativismo judicial dialógico como uma técnica decisional que busca não apenas a interpretação mais adequada das normas, mas sobretudo estabelecer um diálogo constante com os diversos atores sociais, visando efetivar os direitos fundamentais de maneira mais ampla e igualitária (De Pinho, 2013).

O presente trabalho propõe uma reflexão sobre o papel do ativismo judicial dialógico na concretização dos direitos fundamentais, destacando sua importância na promoção da justiça social e na construção de uma sociedade mais inclusiva e democrática. Para tanto, serão abordados conceitos-chave relacionados aos direitos fundamentais, ao ativismo judicial e ao diálogo entre os poderes estatais e a sociedade civil.

Abordar-se-á, ainda, a técnica do ativismo judicial dialógico no julgamento de litígios estruturais, demonstrando que sua utilização não viola necessariamente a garantia da separação dos poderes. Com efeito, a divisão das funções do Estado surgiu como uma garantia do cidadão em face da concentração do poder, de modo que não parece lógico que ela possa agora ser utilizada como argumento para, na prática, inviabilizar a concretização de direitos previstos constitucionalmente cuja não implementação decorre de omissão ilegítima do Estado.

Ao longo deste artigo, argumentar-se-á que o ativismo judicial dialógico representa uma abordagem promissora para a efetivação dos direitos fundamentais em um contexto marcado pela pluralidade e pela diversidade de interesses. Por meio do diálogo e da colaboração entre o Judiciário, os demais poderes estatais e a sociedade civil, é possível superar obstáculos e desafios na garantia da dignidade humana, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária.

1 Ativismo judicial

1.1 Conceito

É bastante antiga a discussão acerca dos limites da atividade interpretativa do Poder Judiciário quando do exercício de suas funções típicas. No entanto, como leciona Cappelletti (1993), houve grande expansão legislativa a partir da segunda metade do século XX, o que consequentemente ampliou o papel dos juízes, em especial considerando as necessidades advindas do modelo de *checks and balances*[2]. Na mesma linha, Barroso (2006) destaca o surgimento de um novo constitucionalismo na Europa continental no período do pós-guerra, fenômeno que também atingiria o Brasil com a Constituição Federal de 1988. Trata-se do que o autor denomina neoconstitucionalismo, doutrina baseada no pós-positivismo, que ensejou profundas transformações na aplicação do Direito, as quais basicamente decorreram da expansão da jurisdição constitucional e de uma nova hermenêutica, que acabou por dar maior fluidez à interpretação das normas, ensejando, assim, o protagonismo da atividade jurisdicional no cenário normativo.

Nos últimos anos, todavia, a atuação do Poder Judiciário vem sendo alvo de diversas críticas, que apontam a ocorrência sistêmica de uma ilegítima judicialização da política, popularizando, com isso, a compreensão do ativismo judicial como uma interferência indevida de magistrados em decisões de índole político-administrativas (Coura; Paula, 2018).

Conceituar o termo ativismo judicial, entretanto, não é tarefa fácil. A elevada abstração semântica dos vocábulos envolvidos, aliada à complexidade institucional inerente ao tema, permite ao intérprete traçar diferentes significados, impedindo uma definição precisa. Nesse sentido, Wang *et al* destacam que:

> O ativismo é, aliás, outro conceito vago, pois pode ser caracterizado a partir de uma divisão pré-estabelecida de campos (o juiz substitui os representantes eleitos), da intenção do juiz (o juiz deixa de aplicar a lei para

[2] A teoria da separação dos poderes foi construída ao longo dos séculos, em busca de se superar um Estado absolutista para se alcançar um Estado Mínimo, em que os poderes de legislar, julgar e administrar não ficassem nas mãos de uma única pessoa. Em que pese as contribuições teóricas de Aristóteles, John Locke e Bolingbroke, a criação da teoria da separação dos poderes – tal como é atualmente delineada – é atribuída a Montesquieu, que acreditava na necessidade de um controle recíproco entre os poderes, formulando o sistema de freios e contrapesos (Souza, 2022).

> promover as suas preferências políticas); e pelos efeitos (a decisão judicial tem impactos sobre as políticas públicas). Outros elementos podem entrar no conceito de ativismo, como a instabilidade da jurisprudência, a tendência do juiz ativista de reverter uma orientação predominante, ou uma intenção política de ampliar os poderes das Cortes (Wang et al, 2013, p. 34).

Na busca de um conceito, Campos (2019) explica que, em sua visão, ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ter sua moldura fixada pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais, a depender do momento histórico vivido; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões práticas decisórias.

Barroso (2018), por seu turno, aponta o ativismo judicial simplesmente como uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos fins constitucionais. Já Abboud e Mendes (2019) imprimem uma conotação negativa ao instituto, aduzindo que, ao contrário de outras posturas jurisdicionais contemporâneas expressamente autorizadas pela Constituição, ele promove o subjetivismo do julgador e um empoderamento ilegítimo do Judiciário. Apenas à guisa de ilustração, cita-se:

> Não podemos confundir o ativismo judicial com algumas posturas judiciais que, no século XXI, sob a égide da Constituição de 1988, são perfeitamente legítimas. Destacamos: i) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário, quando eles se mostrarem contrários, formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil e iii) atuação normativa do STF na correção da ação da omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, e.g., mandado de injunção. Tais condutas simbolizam atos de submissão e respeito à ordem democrática, cujos fundamentos se encontram em nossa Constituição Federal. Por conseguinte, no Brasil, o que se designa – ou se deveria designar – por essa expressão é algo totalmente diverso e até mais preocupante: trata-se da suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e leis), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando. É a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo. A partir dela, o Judiciário se agiganta e invade, de forma indevida, a esfera dos outros Poderes (Legislativo e Executivo). Antes que se levantem objeções a essa afirmação, é óbvio que o Supremo Tribunal Federal, ao, por exemplo, declarar inconstitucional uma lei, está atingindo diretamente a esfera do Poder Legislativo. Ocorre que a Constituição o admite expressamente. O que nela não está previsto e, portanto, resulta absolutamente proibido, é que o Judiciário, na figura de qualquer mulher ou homem investido do dever-poder de julgar casos concretos, torne sem efeitos uma lei produzida democraticamente, por motivos de discordância política ou ideológica com o seu conteúdo (Abboud; Mendes, 2019, n.p.).

Em epítome, conforme destaca Campos (2012), há duas vertentes ideológicas principais acerca da definição de ativismo judicial. Para a parcela mais conservadora da doutrina, juízes ativistas representam uma ameaça à democracia e à separação dos poderes, traduzindo tão somente um excesso judicial. Há, todavia, quem vê o ativismo com bons olhos, notadamente porquanto, ao garantir direitos fundamentais diante da inércia ou abuso de poder por parte de outros atores estatais, o Poder Judiciário não faria outra coisa senão exercer sua função precípua.

Diante da ausência de consenso sobre o tema, é importante destacar que o ativismo judicial será aqui tratado tão somente como técnica utilizada pelos juízes para preencher vácuos de institucionalização (déficits funcionais) dos demais poderes, com o desiderato de concretizar direitos e garantias fundamentais, sem que isso implique, *a priori*, exercício ilegítimo de poder.

1.2 Surgimento

Campos (2016) aponta os antecedentes históricos do ativismo judicial, destacando que o termo foi utilizado pela primeira vez pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., em um artigo intitulado *The Supreme Court*: 1947. O articulista cunhou a expressão ativismo judicial em antagonismo ao termo autorrestrição do Judiciário. Conferindo viés maniqueísta ao instituto, Schlesinger Jr. apontou que juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela sua, sob a justificativa de atuarem em prol das liberdades civis e dos direitos das minorias. Juízes não ativistas, por seu turno, compreenderiam que não cabe ao Poder Judiciário interferir no campo da política em nenhuma medida. Conforme leciona o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Campos, 2016), a formulação de Schlesinger apontou, no entanto, para uma discussão muito mais político-institucional do que simplesmente jurídico-metodológica, defendendo ideologicamente a doutrina da autorrestrição judicial.

Ainda segundo Campos (2016), três precedentes julgados pela Suprema Corte Norte-Americana constituem o primeiro esboço do que mais tarde seria definido como ativismo judicial. São eles: Marbury vs. Madisson (1803), Dred Scott vs. Sandford (1857) e Lochner vs. New York (1905).

1.3 Estado de Coisas Inconstitucional

Certamente, a teoria do estado de coisas inconstitucional constitui o mais relevante exemplo em relação às complexidades decorrentes do ativismo judicial. Em linhas gerais, referida doutrina traduz medida extrema tomada pelo Judiciário, que busca fazer com que os demais Poderes observem os direitos fundamentais, uma vez constatadas graves e sistêmicas violações a essas esferas jurídicas por omissão ilegítima estatal (Campos, 2019).

A técnica denominada Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi concebida pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC) na *Sentencia de Unificación* 559, proferida em 6 de novembro de 1997 (Colômbia, 1997). Nessa ocasião, foi julgado um caso envolvendo quarenta e cinco professores que tiveram direitos previdenciários suprimidos pelas autoridades municipais de María La Baja e Zambrano. A CCC constatou que os motivos que determinaram o desrespeito aos direitos dos professores eram decorrentes de falhas estruturais do Estado colombiano, já que não podiam ser imputados a um único órgão, mas sim às diversas esferas do poder público. Com isso, o Tribunal declarou o estado de coisas inconstitucional e determinou aos órgãos estatais responsáveis pelas políticas públicas educacionais que tomassem as medidas administrativas e orçamentárias necessárias para a correção das ofensas aos direitos fundamentais de milhares de professores que estavam na mesma situação dos autores.

Em seguida, entre os anos de 1997 e 2003, a Corte Constitucional da Colômbia utilizou o ECI em pelo menos seis casos, porém, nem todos obtiveram o mesmo sucesso na efetivação dos direitos fundamentais.

No caso mais emblemático e de maior repercussão da utilização do estado de coisas inconstitucional na Colômbia, referente à situação das pessoas deslocadas dentro do país em razão da violência, a CCC definiu os critérios e pressupostos para a valoração da existência do instituto.

Na *Sentencia* T-125 de 2004, a Corte assim estabeleceu:

> Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las

> autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (Colômbia, 2004, p. 3)

Pode-se afirmar que, para a devida configuração do estado de coisas inconstitucional, são necessários quatro pressupostos.

O primeiro pressuposto traduz a constatação de um quadro de violação massiva e contínua de direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas. O segundo diz respeito à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações, defesa e promoção dos direitos fundamentais. O terceiro se relaciona com as medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, especialmente diante da constatação das falhas estruturais como deficiência no ciclo das políticas públicas. O quarto e último pressuposto se refere à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais individuais que, somando-se às já existentes, produziriam grave congestionamento da máquina judiciária.

Ao se valer dessa técnica, é inegável que o Judiciário assume papel mais ativo, visando à formulação de políticas públicas e assegurando seu controle e execução. Todavia, o desiderato jurisdicional nesse caso é exclusivamente garantir a efetivação de direitos fundamentais que estão sendo ignorados de forma ilegítima pelos demais Poderes. Nesse norte, Campos leciona que:

> O ativismo judicial estrutural, presente na declaração do ECI, pode ser considerado legítimo se, além de observarem-se seus pressupostos, permitir ou catalisar o diálogo entre os poderes e destes com a sociedade. Com efeito, toda e qualquer proposta normativa, que implique ampliação do controle judicial de constitucionalidade das omissões legislativas deve se ocupar também dos custos e dos riscos da supremacia judicial. No caso da declaração do ECI, essa preocupação é especialmente válida. Assim, ao lado de se assegurar a efetividade dos direitos fundamentais contra as falhas estruturais, devem ser elaboradas bases normativas que favoreçam a atuação conjunta dos três poderes em torno desses propósitos. Há a necessidade de incentivos judiciais à atuação legislativa e administrativa, sendo reservados espaços de decisão aos poderes políticos mesmo nesses casos. (Campos, 2019, p. 249)

Não há dúvida de que a Constituição realmente confere ao Legislativo e ao Executivo margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que os direitos fundamentais devem ser efetivados. De fato, em uma sociedade democrática, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas, a fim de receber diversos graus de concretização, consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelos próprios cidadãos, através de agentes legitimamente eleitos. Em princípio, portanto, conclui-se que o Poder Judiciário não deve intervir na esfera de discricionariedade reservada à Administração, substituindo-a em juízos de conveniência e oportunidade, para controlar as opções de organização e prestação de serviços públicos, ainda que essenciais.

Todavia, se os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos a eles atribuídos pela Carta Magna, comprometendo a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos constitucionalmente assegurados, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático, a intervenção do Poder Judiciário se impõe, não havendo que se falar em violação à separação dos poderes, notadamente tendo em vista a dimensão política da jurisdição constitucional (Brasil, 2004).

Apenas à guisa de ilustração, cita-se o comentário de Freitas, Cabral e Aponte (2021) em relação à declaração do ECI reconhecida pelo STF nos autos da ADPF 347/DF:

> A leitura do extenso voto proferido pelo Relator e integralizado pelos demais Ministros, já referenciado, revela com clareza que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, desde o primeiro contato com os autos, o Estado de Coisas Inconstitucional, apontando a existência de falha estrutural no sistema penitenciário. Aponta-se a completa deficiência das leis em vigor, as quais, inobservadas, deixam de proteger direitos fundamentais dos encarcerados, além da falta de comunicação entre os Poderes Executivo e Legislativo. Enquanto as políticas públicas são claramente ineficazes para cumprir direitos fundamentais, o Judiciário exacerba o número de prisões provisórias, agravando a superlotação do sistema. A conclusão parece ser acertada, na medida em que o Poder Judiciário, ao assentar a possibilidade de conduzir os outros Poderes a tomarem providências tendentes a erradicar a situação de inconstitucionalidade, fiscalizando e coordenando esforços públicos e, assim, destravando o bloqueio estrutural inerente à máquina pública, tudo para conceber políticas públicas que efetivamente garantam a promoção, proteção e defesa dos direitos fundamentais atualmente vilipendiados, manifestou sua inclinação doutrinária pela mesma forma de ativismo judicial dialógico havida na Corte Constitucional da Colômbia. (Freitas; Cabral; Aponte, 2021, p. 45)

Como visto, a atuação do STF nesse caso visou dar concretude a direitos fundamentais, classificando como injustificável a inércia governamental em viabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência dos submetidos ao sistema prisional. Com isso, se fez necessária a intervenção do Poder Judiciário para que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana fosse assegurado, de modo que coube ao Supremo atuar para a superação dos bloqueios políticos e institucionais, promovendo a cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo nos processos de formulação e implementação das soluções necessárias, dialogando com a sociedade por meio de audiências públicas e, ao cabo, monitorando o cumprimento e eficiência das medidas adotadas (Kozicki; Van Der Broocke, 2018).

2 Ativismo judicial dialógico

De acordo com a doutrina de Kozicki e Van Der Broocke (2018), a Constituição Federal de 1988 adveio como reação aos graves retrocessos promovidos pelo governo militar, bem como em resposta às aspirações relativas à superação da profunda desigualdade socioeconômica produzida ao longo da história do país. Logo, a Carta foi pródiga na previsão de direitos fundamentais, que, no cenário pós-positivista do neoconstitucionalismo, permitiu que suas concretizações pudessem ser judicialmente exigidas.

É nesse contexto que o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, abrindo espaço para a adoção de medidas estruturais com o desiderato de efetivar garantias fundamentais (Brasil, 2023).

A doutrina tem chamado esses complexos litígios de estruturais, ou seja, aqueles que buscam remodelar determinada política pública cuja ineficiência causa graves e reiteradas violações a direitos fundamentais. Na busca por soluções, mas sem olvidar seu poder de decisão, os Tribunais dialogam com os demais poderes constituídos e com a sociedade. Esse intercâmbio de informações legitima o Poder Judiciário no julgamento do caso, fomenta a democracia e retira a Corte de um perigoso isolamento institucional. Justamente deste panorama adveio o termo ativismo judicial dialógico.

Essa nova classe de tutela processual foi pioneiramente identificada e descrita em 1979, por Owen M. Fiss, a partir da análise do provimento mandamental proferido

em 1955 no caso Brown vs. *Board of Education* (Kozicki; Van Der Broocke, 2018). A fim de supervisionar o fim da segregação nas escolas, as Cortes Distritais norte-americanas foram transformadas em entidades quase administrativas. Entretanto, de outra perspectiva, as ordens estruturais originadas a partir desse litígio inauguraram nova fase de relacionamento entre a Suprema Corte e os entes governamentais. Sobre as dificuldades da Suprema Corte em implementar a decisão do emblemático caso Brown vs. *Board of Education*, Campos aponta que:

> A Suprema Corte, em nova decisão, delegou às cortes distritais a tarefa de implementar Brown e acabar com a segregação racial nas escolas. Porém, a "resistência massiva", que incluía o uso de violência para a desobediência às decisões judiciais, estava tendo sucesso em impedir a atuação concreta do julgado. Juízes distritais temiam mesmo por suas vidas. O ponto máximo da resistência veio com o incidente na cidade de Little Rock, no estado segregacionista do Arkansas, no ano de 1957. O governador Orval Faubus utilizou a Guarda Nacional do estado para impedir que nove estudantes negros entrassem em uma escola secundária da cidade, antes exclusiva "de brancos". Tornou-se então necessária a intervenção do Governo Federal. O Presidente dos Estados Unidos, Dwight Eisenhower, enviou tropas do Exército para a cidade e, dessa maneira, assegurou a entrada dos estudantes negros na escola de Little Rock. Para Eisenhower, estava em jogo saber "se o direito federal ou estadual era supremo", sendo então imperioso intervir em favor da execução da doutrina de Brown até "para manter a supremacia federal". Sem essa intervenção do Executivo federal, Brown enfrentaria um caminho muito mais longo e tortuoso para tornar-se uma realidade concreta (Campos, 2016, p. 91).

Kozicki e Van Der Broocke (2018) concluem, no entanto, que o ativismo judicial dialógico foi melhor sistematizado no já citado ECI reconhecido pela Corte Constitucional Colombiana (Colômbia, 1997), que pressupôs intervenção judicial por meio de práticas dialógicas, que possibilitem a emissão de ordens flexíveis e o necessário monitoramento do cumprimento da decisão, a fim de promover a efetiva reforma dos conjuntos instrumentais-governamentais envolvidos na violação massiva e sistemática de direitos fundamentais. Consoante as lições de Gargarella (2014), a aplicação do ativismo dialógico tem se baseado na teoria democrática e no direito constitucional. Em contraponto às objeções, que alegam que o instituto carece de legitimidade democrática e viola o princípio da separação de poderes, estudiosos têm explanado acerca da natureza democrática das intervenções judiciais que promovem a colaboração entre os poderes e a deliberação sobre direitos fundamentais do cidadão.

Conforme ainda leciona Gargarella:

> *En particular, las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o en el riesgo de que, al "imponer la última palabra", afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional, según la cual, las mayorías deben estar en el centro de la creación normativa. En este sentido, las soluciones dialógicas eluden el problema de la "última palabra" y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente en el proceso de toma decisiones* (Gargarella, 2014, n.p.).

Nessa mesma linha, Garavito e Franco (2015) ensinam que as intervenções das cortes constitucionais gozam de maior legitimidade e eficácia quando implementam a democracia deliberativa, ao estabelecer um diálogo com os demais atores sociais. De fato, a decisão "ativista" resta inevitavelmente legitimada quando precedida de uma espécie de contraditório social e institucional, em que diversos entes participam da construção da solução.

Ao analisar o precedente da Corte Constitucional Colombiana T-025 de 2004, a doutrina estabelece que o sucesso dessa decisão na superação das falhas estruturais, vinculadas aos bloqueios políticos e institucionais que norteavam a situação de emergência humanitária dos deslocados internos, deveu-se ao ativismo dialógico da Corte, que, além de adotar as medidas transformadoras, promoveu a colaboração e o diálogo entre os diferentes entes governamentais, possibilitando a deliberação democrática sobre problemas públicos (Garavito; Franco, 2015).

Com efeito, nas lições de Gargarella (2014), as decisões mais dialógicas em casos estruturais envolvem reconhecer a exigibilidade judicial do direito em questão; deixar as decisões de políticas públicas para os poderes eleitos; estabelecer um mapa claro para medir o progresso e monitorar ativamente a execução de ordens judiciais por meio de mecanismos participativos, como audiências públicas, relatórios de andamento e decisões de acompanhamento.

Por intermédio do ativismo dialógico, diante de uma demanda complexa acerca de violações massivas de direitos fundamentais, o Tribunal abre as portas para um diálogo prévio com as autoridades públicas envolvidas na questão, legitimando sua futura decisão.

Inclusive, no julgamento da ADPF nº 347, o relator, Ministro Marco Aurélio Mello (Brasil, 2023), fez ponderações no mesmo sentido, asseverando que nada autoriza o

Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar barreiras políticas e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de tomada de decisão e implementação de soluções.

Nesse sentido, Couto (2018) alega que o ativismo estrutural dialógico decorrente de declaração de estado de coisas inconstitucional corresponde à interferência legítima do Poder Judiciário em atividades de atribuição primária de outros Poderes, mediante ordens mandamentais que devem ser cumpridas pelos sujeitos envolvidos, por meio do diálogo institucional com os órgãos afetados.

Na mesma linha, Cunha Júnior aduz que:

> Apesar das conhecidas críticas ao ativismo judicial, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode reforçar o sistema de garantias dos Direitos Fundamentais, sobretudo de segmentos populacionais mais vulneráveis e afetados pelo estado de inércia e indiferença dos poderes públicos. Não vejo, entretanto, o ECI como um remédio milagroso a estimular ilusões. Mas pode servir pedagogicamente para (a) estimular a adoção de medidas reais e efetivas; (b) provocar um sério e sincero debate a respeito da falta ou insuficiência de políticas públicas em determinados setores sensíveis (não apenas no sistema penitenciário, mas também nos caóticos sistemas públicos de saúde, de ensino e de segurança pública); e (c) proporcionar a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas (Cunha Júnior, 2016, n.p.).

Comungando desse entendimento, Lima preleciona que:

> O ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar uma grave e sistemática violação de direitos provocada por falhas estruturais da atuação estatal, a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convoca-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas (Lima, 2015, n.p.).

De fato, o Poder Judiciário somente é acionado para agir nesses casos quando há inércia sistêmica dos demais Poderes em implementar os direitos fundamentais, o que afasta a advertência de indevida intromissão em assuntos de outras esferas

governamentais, bem ainda de que o legislador e o administrador são os mais legitimados e institucionalmente capacitados para garantir a dignidade humana.

Nessa perspectiva da necessidade do diálogo, leciona Barroso:

> Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida -, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes (Barroso, 2018, p. 90).

Portanto, a legitimidade da decisão tomada em sede de litígio estrutural é reforçada pela "abertura" das Cortes ao diálogo, em oposição ao tradicional e criticado encastelamento, postura naturalmente adotada nos litígios ordinários.

3 Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais

Kozicki e Van Der Broocke (2018) apontam que se notou, após a Segunda Guerra Mundial, a hipertrofia do Poder Judiciário perante as esferas administrativas, o que se deu através do fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade. Há, nesse fenômeno, a preponderância das Cortes Constitucionais, que passaram a tomar decisões com camadas políticas, em contraponto à tradicional autocontenção positivista[3].

De fato, a partir de meados do século XX, diversas Constituições positivaram em seu bojo extenso rol de direitos sociais, os quais, entretanto, não foram imediatamente implementados pelo Estado no plano fático. Não por outro motivo, abriu-se a possibilidade de sua reivindicação perante o Poder Judiciário. Por conseguinte, como aponta Gargarella (2014), tais cláusulas constitucionais, que antes

[3] Em geral, acreditando cegamente no mito da neutralidade, bem como na possibilidade de se cindir o direito da moral, os Juízes foram formados na tradição positivista e acostumados a decidir exclusivamente com base em regras de tudo ou nada, efetuando aplicações silogísticas e operando a partir de métodos tradicionais de interpretação. Nesse novo, contexto, todavia, o Poder Judiciário tem o dever de trabalhar com princípios e acudir em questões da mais alta relevância, envolvendo a ponderação e a normatividade dos direitos e garantias fundamentais (Pinho, 2013).

se encontravam adormecidas, consideradas como direitos meramente programáticos, começaram a romper barreiras para se tornarem efetivas.

Com a hipertrofia judicial, redesenhou-se a própria democracia, vinculando o funcionamento do Estado à garantia da dignidade humana, traduzida na concretização de direitos fundamentais. Para tanto, a ferramenta encontrada foi garantir a proteção de indivíduos e grupos vulneráveis em face da potencial tirania da maioria através da judicialização. Consoante destacam Kozicki e Van Der Broocke:

> A assunção de uma posição de destaque dos direitos fundamentais de segunda dimensão nos textos constitucionais, visando atribuir aos poderes constituídos comportamento ativo na realização da justiça social, representou uma mudança no paradigma jurídico do Estado liberal, a partir da modificação da postura estatal abstencionista para o enfoque prestacional, no sentido da concretização desses direitos por meio das políticas públicas e da consequente intervenção do Estado na vida econômica e social (Kozicki; Van Der Broocke, 2018, p. 152)

Ademais, tem-se observado que, diante de demandas complexas, em busca da efetivação de direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem se valido de um ativismo judicial dialógico. E, na busca por sanar falhas estruturais e sistêmicas que causam violações aos direitos fundamentais, para além de sua atuação proativa, ele tem se aproximado dos demais poderes constituídos e da sociedade.

Conforme lecionam Kozicki e Van Der Broocke:

> É nesse contexto que recentemente o STF declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro, abrindo as portas para a aplicabilidade de um novo mecanismo procedimental, que pressupõe a adoção de medidas estruturais, a fim de dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos. Essa nova classe de ativismo judicial faz parte de uma tendência incipiente em países da América Latina e em outras nações em desenvolvimento, podendo ser ilustrada pela intervenção judicial em casos que se ocupam de violações generalizadas dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominados de litígios estruturais (Kozicki; Van Der Broocke, 2018, p. 155).

Nesse ponto, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional representa importante instrumento na busca por efetivação de direitos fundamentais, na medida em que permite às instituições reformularem seus arranjos, bem como dialogarem com outros atores sociais na construção de esforços para superar o panorama apresentado à Corte – violação massiva de direitos fundamentais.

De fato, tanto Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2014) quanto Supremo Tribunal (Brasil, 2015) entendem, de forma pacífica, ser legítima a intervenção do Poder Judiciário para determinar a efetivação de providências práticas com o fito de garantir o mínimo existencial a indivíduos hipossuficientes e vulneráveis.

De fato, convencionou-se não mais caber ao Judiciário o papel de mero espectador contemplativo da Constituição. Tendo a Carta Magna força normativa, seu descumprimento desencadeia consequências jurídicas efetivas, hábeis a modificar a realidade factual, que hão de ser delineadas no caso concreto através do exercício da jurisdição. Na mesma toada, viu-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não mais é claudicante a esse respeito, fazendo fenecer a simplificação grosseira, imprecisa e obtusa segundo a qual a "separação dos poderes" seria dogmática e inflexível. Vale dizer, verificada relevante e injustificada omissão constitucional, a determinação de políticas públicas pelo Poder Judiciário não ingressa na legítima esfera de discricionariedade do administrador público, na exata medida em que o cumprimento da Constituição não é discricionário, não se submetendo, portanto, a juízos de oportunidade e conveniência.

Conclusão

A concretização dos direitos fundamentais por meio do ativismo judicial dialógico emerge como paradigma essencial na contemporaneidade. Este artigo investigou a relevância e os impactos desse modelo, evidenciando sua legitimidade ao promover a efetivação dos direitos fundamentais e o fortalecimento da democracia.

Ao adotar abordagem interativa entre os poderes, a sociedade civil e as demandas sociais, o ativismo judicial dialógico revela-se como mecanismo dinâmico e inclusivo, capaz de interpretar e aplicar a legislação de forma a atender às necessidades emergentes da sociedade.

Por conseguinte, conclui-se que esse método não apenas reforça a legitimidade do sistema jurídico, mas também contribui significativamente para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e garantidora das necessidades básicas de todos os cidadãos. Assim, diante do contexto desafiador e em constante evolução, o ativismo judicial dialógico surge como ferramenta imprescindível na busca

pela concretização plena dos direitos fundamentais e na promoção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Referências

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos tribunais**, v. 1008, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, 2006. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf. Acesso em: 7 mar. 2024.

BECK. Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.389.952-MT. Relator Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 3 de junho de 2014. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Relator: Min. Marco Aurélio, DF, 04 de outubro de 2023. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.** 592581. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 10 mar. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro.** nº 60, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf. Acesso em: 8 mar. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica;

Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9555. Acesso em: 8 mar. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019. 2ª Edição.

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

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentencia n. SU-559/1997**. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm. Acesso em: 8 mar. 2024.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. ***Sentencia de Tutela* T-125/2004, de 17 de junho de 2004**. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 8 out. 2023.

COURA, Alexandre de Castro; PAULA, Quenya Silva Correa de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, 2018. Disponível em: http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/1045/1/COURA%20-%20Ativismo%20judicial%20e%20judicializa%c3%a7%c3%a3o%20da%20pol%c3%adtica.pdf. Acesso em 7 mar. 2024.

COUTO, Edenildo Souza. **O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico para Efetividade dos Direitos Fundamentais no "Estado de Coisas Inconstitucional**", 2018. 152p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/handle/ri/27359. Acesso em: 15 mar. 2024.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4634, 9 mar. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/47193. Acesso em: 15 mar. 2024.

FREITAS, Daniel Castanha de; CABRAL, Flávio Garcia; APONTE, William Ivan Gallo. **Estado de Coisas Inconstitucional**: Ativismo Na Corte Constitucional da Colômia e a Migração de Ideias Constitucionais para o STF. Disponível em: https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/12309. Acesso em: 10 mar. 2024.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la Exclusión**: El Impacto de Los Tribunales sobre Los Derechos Sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Siglo XXI Editores. Edição do Kindle, 2014.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider. **A ADPF 347 e o "Estado de Coisas Inconstitucional"**: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. Direito, Estado e Sociedade n. 53 p. 147 a 181 jul/dez 2018. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

LIMA, George Marmelstein. **Estado de Coisas Inconstitucional – ECI**: apenas uma nova onda do verão constitucional? Disponível em: https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/, 2015. Acesso em: 15 mar. 2024.

PINHO, Ana Claúdia Bastos. **Para Além do Garantismo:** Uma Proposta Hermenêutica de Controle da Decisão Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle, 2013.

SOUZA, Gisele Braz. Os artigos federalistas: a teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. **Revista Vianna Sapiens**, v. 13, n. 1, p. 19-19, 2022. Disponível em: https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/793. Acesso em: 20 ago. 2024.

WANG, Daniel Wei Liang - organizador. **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo, Marcial Pons, 2013.