

# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO NO BRASIL

*THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE JUDICIALIZATION OF EDUCATION IN BRAZIL*

## **Cleber Vanderlei Teixeira Vianna**

Doutorando em Direito Constitucional e Mestre em Direito Internacional pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Advogado. E-mail: cvianna3@gmail.com

## **Eudes Vitor Bezerra**

Pós-Doutor em Direito UFSC. Doutor e Mestre em Direito PUC/SP. Diretor Acadêmico IDEA. Professor de Ensino Superior (Graduação e Pós-graduação). Advogado. Escritor. Palestrante. E-mail: eudesvitor@uol.com.br

## **Maria Garcia**

Professora Associada Livre-Docente - PUC /SP. Procuradora do Estado. Ex-Assistente Jurídico da Reitoria da USP. Professora de Direito Constitucional, Educacional, Biodireito/Bioética, Previdenciário e Psicologia Jurídica. Membro do Comitê de Bioética/HCFMUSP e HCOR. Diretora Geral do IBDC. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo/IASP, da Academia Paulista de Letras Jurídicas (Cadeira Enrico T. Liebman) e do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO. E-mail: mgarcia@pucsp.br

Recebido em: 21/09/2020  
Aprovado em: 04/03/2021

**RESUMO:** No presente estudo nos propomos a efetuar uma análise do Supremo Tribunal Federal e sua atuação de efetivar as políticas públicas educacionais. Pretende-se perpassar pela estrutura e forma de atuação do mesmo, bem como compará-lo às demais Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais Internacionais, com ênfase na aplicação de medidas garantidoras de políticas públicas. Seguimos com um estudo comparativo e tecemos ilações no sentido de buscar um alinhamento de conduta que permita entender como agem esses órgãos judicantes ao buscarem efetivar os direitos e garantias fundamentais. Destacamos as limitações legais e materiais enfrentadas pela Corte, bem como o efeito denominado backlash e as consequências sociais advindas, finalizando o estudo com julgados do Supremo Tribunal Federal - STF, que demonstram a interferência do órgão em decisões governamentais no âmbito da educação e suas consequências sociais, políticas e econômicas.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Educação. Judicialização. Políticas Públicas. Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** In the present work we propose to make an analysis of the Brazilian Supreme Federal Court - STF and its performance in the effect of making public educational policies effective. It is intended to go through its structure and form of action, as well as to compare it with other Supreme Courts and the international Constitutional Courts, with an emphasis on the application of measures that guarantee public policies. We continue with a comparison between the courts and level conclusions in the sense of seeking an alignment of conduct that allows us to understand how these judicial system act when seeking to implement the fundamental rights and guarantees in their territories. We emphasize the legal and material limitations faced by the Court, as well as the effect called backlash and the social consequences arising. Concluding the study with court decisions of the Supreme Federal Court - STF that demonstrate the interference of the system in governmental decisions in the scope of education and its social, political and economic consequences.

**Keywords:** Judicial Activism. Education. Judicialization. Public Policy. Federal Court of Justice.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 As Supremas Cortes e os Tribunais Constitucionais. 1.1 Tribunais Constitucionais em comparação. 1.2 Modelos de defesa da Constituição. 1.2.1 Modelo norte-americano, concreto. 1.2.2 Modelo austríaco originário, abstrato. 1.2.3 Modelo francês, preventivo. 1.2.4 Modelo italiano, incidental. 1.3 História do poder das Cortes. 2 Supremo Tribunal Federal e sua função institucional. 3 STF como balizador de políticas públicas. 4 Limites à atuação do Poder Judiciário: a reserva do possível. 5 O fenômeno do “Backlash” e as consequências sociais. 6 As decisões judiciais do STF em âmbito educacional. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

As Supremas Cortes e os Tribunais Constitucionais em boa parte dos países ao redor do globo, após a 2ª Guerra Mundial, passaram a desempenhar um papel de grande relevância no cenário político-jurídico.

Podemos observar nos julgados os valores que sustentam, e o interesse de participar de forma mais ativa nas decisões concretas que irradiam dos direitos fundamentais. É cediço que tais direitos são os postulados de maior relevância e impacto em uma sociedade e estão contidos na *Lex Máxima*.

O objeto da presente pesquisa consiste no estudo do Supremo Tribunal Federal e de sua atuação nas políticas públicas voltadas à educação, por meio da judicialização dos direitos fundamentais.

O objetivo geral compreende analisar a importância da Corte e seu papel no equilíbrio dos Poderes, na garantia dos direitos e na manutenção do Estado Democrático, por meio da efetivação das políticas públicas.

Já nos objetivos específicos, vislumbramos traçar um paralelo entre a postura do Tribunal em face de seus julgados e assim analisar a existência, ou não, de um perfil “ativista”. Em um segundo plano faz-se necessário o cruzamento dos conceitos de ativismo com os direitos fundamentais, para ao final aferir a viabilidade de sua aplicação.

Busca-se uma divisão didática com o escopo de identificar a distinção entre Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, enfatizando as origens de cada um e as atuações de maior relevância no cenário nacional e internacional.

Seguindo um breve comparativo entre modelos de Cortes, para que possamos entender as métricas que adotam na análise dos casos concretos e de suas influências. Perpassaremos pelos modelos de defesa constitucionais adotados pelos principais sistemas e encerramos o capítulo com apontamentos históricos do poder emanado do Supremo Tribunal Federal.

O artigo utiliza-se do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa por meio de documentação indireta (fontes primárias e secundárias), para adentrar as funções do Pretório Constitucional Pátrio e assim, evidenciar não apenas sua estrutura, mas a aplicação de suas competências como exteriorização do poder, em sintonia com o estabelecido pela Constituição.

Ao imergir nas políticas públicas é fundamental observar o apelo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em fazer valer os direitos fundamentais por meio de sua efetivação, contudo, sem invadir a seara das demais funções estatais, o que por sua vez causaria uma crise institucional.

Enfrenta-se a conceituação do chamado ativismo judicial, aferindo sua oportunidade ou não, frente aos postulados da Corte. Busca-se observar os limites materiais e as consequências socioeconômicas das medidas proferidas no âmbito do órgão, para fechar o raciocínio com as considerações do fenômeno denominado *backlash*, nos permitindo aferir as reações sociais dos julgados prolatados pela cúpula do Poder Judiciário.

Finaliza-se investigando os acórdãos nas áreas sociais, econômicas e educacionais, traçando paralelos entre elas e buscando uma visão geral do entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo seus *standards*, na efetividade dos direitos fundamentais.

## 1 AS SUPREMAS CORTES E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

O Poder Judiciário consiste em uma das funções estruturais do poder estatal juntamente com o Legislativo e o Executivo (art. 2º, *caput* da Constituição Federal). Tem como função precípua a confirmação do direito e a salvaguarda da Constituição, por meio de seus juízes e Tribunais.

Maria Luisa Balaguer Callejon, entende ser possível: “abrir o sistema de fontes à criação judicial do Direito de tal modo que os enunciados legais não serão apenas o que da literalidade de seus textos se possa deduzir mas também o que os Tribunais tenham interpretado que são como consequência de sua congruente inserção dentro do ordenamento constitucional”. (CALLEJON, 1990, p.50, *apud* TAVARES, 2020, p.968).

A Constituição Federal de 1988 trata de sua estrutura, entre os arts. 92 e 126:

“Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.”

No Brasil, a Suprema Corte tem caráter de última instância e de Corte de Apelação. O Supremo Tribunal Federal - STF - não representa uma autêntica Corte Constitucional, conforme às Cortes Constitucionais de matriz europeia, com paradigma na Constituição austríaca de 1920, sob a influência de Hans Kelsen.

Considera-se Corte Constitucional, um órgão do Judiciário ou diverso (Quarto Poder), cuja função precípua é julgar a constitucionalidade de leis, em consonância com a adequada aplicação da Constituição.

Os Tribunais Constitucionais agregam elementos do modelo político e do modelo judicial, apresentando características de órgão jurisdicional, em que pese não serem uma Corte comum.

A Constituição Federal de 1988 instituiu a figura dos Tribunais de superposição, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, denominados também Tribunais Nacionais. A estrutura posta nos leva a analisar que esses órgãos estatais devem oferecer soluções para as lides que lhes são ofertadas e assim, manifestar-se em caráter definitivo e cogente.

Na atualidade observa-se um incremento dos Tribunais Superiores, no sentido de, em certa medida, controlar os demais Poderes do Estado, balizando-se como limite a Constituição. Nesse prisma podemos observar que as Cortes Constitucionais, ao protegerem a supremacia da Constituição estão, em última análise, zelando pelos direitos fundamentais, assegurando o equilíbrio entre os Poderes e garantindo a democracia.

Tal comportamento denota o desempenho de papéis bem delineados, muitas vezes contrapondo-se às decisões de agentes públicos eleitos pelo povo o que vem se chamando de uma atitude “contramajoritária”. Observa-se nesta seara uma postura dos Tribunais no sentido representativo, ou seja, buscam atender demandas sociais não satisfeitas pela política da maioria.

Podemos invocar como exemplos o caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 575 - 2003), que revoga o entendimento anterior da Suprema Corte dos Estados Unidos em um caso similar *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186 - 1986), bem como, *Obergefell v. Hodges* (14-556 U.S. - 2015), todos discutindo direitos dos homossexuais em território americano e declarando inconstitucional qualquer forma de discriminação. (SUPREME COURT, 2020).

Nessa linha de proteção das Cortes, podemos referenciar também o caso *Brown v. Board of Education*, processo emblemático, considerado um marco na luta contra o racismo norte-americano, onde *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP, Associação Nacional pelo Avanço das Pessoas de Cor), solicita à Suprema Corte a apreciação, dentre outros, do caso da jovem Linda Brown, que à época pleiteava o direito de matricular-se em uma escola pública para brancos próxima ao seu domicílio, na cidade de Topeka, Kansas. O julgamento deu-se em 17 de maio de 1954 e o órgão jurisdicional posicionou-se no sentido de considerar a segregação racial nas escolas públicas inconstitucional, assim revogando o entendimento do mesmo Pretório, datado de 1896, que amparava escolas, hospitais, banheiros e bebedouros para brancos e negros (“separados, mas iguais”).

Observa-se que a ação de Linda Brown foi a junção de cinco casos diversos, originários de diferentes Estados: *Brown*; *Briggs v. Elliott* (ajuizado na Carolina do Sul); *Davis v. County School Board of Prince Edward County* (ajuizado na Virginia); *Gebhart v. Belton* (ajuizado em Delaware); and *Bolling v. Sharpe* (ajuizado em Washington D.C.). (SUPREME COURT, 2020).

Atualmente nota-se uma judicialização do cotidiano em diversos países e nas palavras de Luís Roberto Barroso, tal fenômeno se dá em razão de três pontos cruciais:

“a) após a 2ª Guerra Mundial, muitos países se deram conta de que um Judiciário forte e independente era um componente necessário para a preservação da democracia; b) apesar da ascensão da democracia, o mundo experimentou um certo desencanto com a política majoritária e representativa; e c) em relação a muitos temas, sobretudo os moralmente controvertidos, o Legislativo muitas vezes não consegue produzir consenso nem decisões (casamento de pessoas do mesmo sexo, interrupção da gestação, morte assistida são bons exemplos). Nestes casos, o Judiciário termina precisando criar a norma que vai reger estas matérias”. (BARROSO, 2018).

No pensamento exposto, os Tribunais Constitucionais em certa medida atendendo os anseios da sociedade, devem posicionar-se de uma forma mais crítica e atuante, no sentido de proferir decisões inovadoras e às vezes inéditas no ordenamento jurídico.

O autor ressalta que em Constituições de perfil analítico como a do Brasil, da África do Sul e da Índia, verifica-se a exigência cada vez maior perante o Poder Judiciário de direitos sociais previstos na *Lex Máxima* e não raro, sonogados por ausência de políticas públicas adequadas.

Os dados colecionados neste trabalho e as ideias expostas, nos mostram uma escalada da importância do Poder Judiciário e de seus membros, uma vez que a complexidade do cotidiano das pessoas ultrapassa em muito a capacidade ou a vontade dos governos e de suas políticas em atenderem os anseios sociais. A dinâmica em que estas demandas vão surgindo colocam os Tribunais em evidência e então observamos as influências históricas, religiosas, culturais, econômicas e até ideológicas, permeando o desfecho do julgamento.

Nota-se que as lides analisadas pelas Cortes Constitucionais vão muito além da simples aplicação do direito, ou seja, a subsunção do caso concreto ao direito positivado não efetiva os anseios demandados. Soluções pré-concebidas onde um magistrado pudesse apenas apreciar os fatos e aplicar o direito que ali se apresenta, não se caracteriza como a melhor solução, haja vista as hipóteses de colisão de direitos ou valores constitucionalmente protegidos, como por exemplo: liberdade de expressão v. direito de privacidade; proteção ambiental v. obras de infraestrutura; proteção de dados v. acesso a informação; etc.

As sociedades, de maneira geral, estão mais judicializadas e várias decisões se mostram de grande alcance político, social e moral e assim, observa-se o protagonismo das Cortes Supremas ou Tribunais Constitucionais, sendo demandados a decidir questões que seriam dos demais Poderes (Executivo e/ou Legislativo).

A divisão clássica de tripartição de funções nos tempos atuais encontra-se cada vez mais difusa ou menos evidente, mas ainda fundamental para a manutenção do equilíbrio da democracia.

## 1.1 Tribunais Constitucionais em comparação

O modelo americano é monista, o Poder Judiciário faz o controle constitucional ao dizer se a lei é compatível com a Constituição e também aglutina o poder jurisdicional de dizer o direito no caso concreto.

O modelo austríaco foi concebido para não atribuir todo o poder ao juiz, uma vez que na Europa havia o entendimento de ser este um braço do monarca, criando-se o Tribunal Constitucional.

Demais modelos em análise: I. Modelos absolutamente puros: Luxemburgo e Bélgica; II. Modelos múltiplos com concentração no abstrato: Itália; e III. Modelos múltiplos sem foco: Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal. (TAVARES, 2013, p.168).<sup>1</sup>

## 1.2 Modelos de Defesa da Constituição

### 1.2.1 Modelo norte-americano, concreto:

Ocorrendo quando for exercido durante determinado processo judicial e pretendendo, com ele, a solução de uma controvérsia legal intersubjetiva (difuso-concreto).

### 1.2.2 Modelo austríaco originário, abstrato:

Independente de caso concreto, influenciado pelo pensamento de Kelsen (abstrato-concreto).

---

<sup>1</sup>apud V. FERRERES COMELLA, (:). r. Justicia constitucional y democracia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

### 1.2.3 Modelo francês, preventivo:

Consiste na existência de um órgão consultivo (Conselho Constitucional), que atua durante o processo legislativo, emitindo decisões obrigatórias para determinadas classes de leis e podendo ser demandado por alguns legitimados a se manifestar (julgamento).

### 1.2.4 Modelo italiano, incidental:

Consiste na possibilidade de suscitar uma questão constitucional no corpo de um processo judicial concreto ao Tribunal Constitucional, na forma de um incidente processual, para que este se manifeste, assim substituindo as ações diretas perante o mesmo. (TAVARES, 2013, p.169).

## 1.3 História do poder das Cortes

Em 1889 houve a criação do Supremo Tribunal Federal, por meio do Decreto n.º 1/1889, Decreto n.º 510/1890 e Decreto n.º 848/1891. Em 1934 surge a regra do *full bench* (“banco completo, em tradução livre”) Essa regra permanece na Constituição de 1988, em seu art. 97, *caput* e vale para todos os Tribunais.

Na Constituição de 1934 também permanece a regra do Senado que pode suspender, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional pelo STF. A ADI foi criada em 1965, e nasce em meio a controvérsias, pois, ao declarar a lei inconstitucional, quem suspende sua eficácia será o Senado e não o Supremo. E hoje essa regra continua válida, mesmo tendo sido confeccionada numa época em que não existia a ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que recebe severas críticas.

A Resolução do Senado não é retroativa, já a decisão do Supremo pode ter modulação de efeitos, então há diferença entre ambas. A CRFB de 1988 promoveu uma grande mudança no controle de constitucionalidade com aumento de poder para o Supremo Tribunal Federal, e não se trata apenas do aumento de instrumentos (ADO, ADPF, ADC), mas também, ampliada a legitimidade ativa para essas ações, onde se observa o efeito *erga omnes*, diminuindo os poderes do Senado.

Em 1993, foi acrescentada a ADC - Ação Direta de Constitucionalidade e em 1999 foi regulada a ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, acrescido de cautelares, mais a audiências públicas e a figura do *amicus curiae*.

## 2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL

Como visto, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, decidindo em última instância sobre os litígios intersubjetivos, sendo o defensor da Constituição e exercendo competência quanto aos interesses difusos e coletivos, na forma originária e recursal. Esta, por sua vez, se divide em ordinária e extraordinária. É composto por onze ministros, distribuídos em um órgão pleno e duas turmas, bem como denominado Tribunal Constitucional (esta denominação comporta críticas da doutrina). (BASTOS, 1996, p.342).

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo no art. 2º, *caput* a definição expressa de quais são os Poderes da República e como se dividem: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (CRFB, 2018, p.11). Nas palavras de José Afonso da Silva o poder político é fenômeno sociocultural, pertence a um grupo social e o Estado, entendido como grupo máximo, é capaz de definir, coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins. (SILVA, 1996, p.108).

Considerando sua estrutura e os contornos constitucionais que asseguram suas atribuições, podemos inferir que o poder estatal é uno e indivisível, pois em sua essência, apenas se divide em

suas manifestações exteriores, ou seja, em seu exercício através dos órgãos de Estado. Cada órgão, assim entendido, exerce na esfera de sua competência, o poder político unitário do Estado. (TEIXEIRA, 2011, p.523).

Coube a Montesquieu, no Capítulo VI do Livro XI do “Espírito das Leis”, formular o conceito de separação de poderes o que veio em última *ratio*, inspirar a Ciência Política e o Direito Constitucional ocidental, não sendo diferente em nosso ordenamento: “Há em cada Estado três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito da Gentes, e o Poder Executivo daqueles que dependem do Direito Civil”. (MONTESQUIEU, 1995, p.118).

Os textos e autores supracitados, colocam o Supremo Tribunal Federal como bastião da Constituição, reafirmando-o na qualidade de instituição moderadora, que em certa medida, limita a atuação dos demais Poderes e garante a permanência do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a Corte seria a mais delicada instituição do regime republicano.

“Incumbem-lhe preponderantemente, os seguintes encargos:

- a. Fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos;
- b. Emitir a última palavra nas questões submetidas ao seu crivo;
- c. Primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantindo a separação de

Poderes; e

d. Defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais, em face dos Poderes do Estado”. (BULOS, 2009, p.1144).

Nesse sentido, vale salientar o acórdão da lavra do Min. Celso de Mello que, de forma lapidar, adverte da autoridade da Constituição da República e da subordinação que a ela devem os Poderes:

“A AUTORIDADE HIERÁRQUICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA IMPÕE-SE A TODOS OS PODERES DO ESTADO. - Nenhuma razão - nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura - pode justificar o desrespeito à Constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas”. (STF, ADIn 2.105-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 28-04-2000).

Outrossim, não resta dúvida sobre a função definida para o Supremo Tribunal Federal, na Carta Magna, e ressaltar seu caráter institucional de garantidor da segurança jurídica, da legalidade e do controle dos atos praticados pela Administração Pública.

## 2 STF COMO BALIZADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste tópico, observaremos a movimentação da Corte Constitucional brasileira no sentido de aferir os seus contornos jurídicos através dos processos que lhes são postos em análise e, das fundamentações exprimidas pelos Ministros nos respectivos julgados.

No Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n.º 639.337/SP, figurando como agravante, o Município de São Paulo e, como agravado, o Ministério Público do Estado de São Paulo, cuja temática envolve políticas públicas voltadas à *educação infantil*, observamos por meio da decisão judicial a imposição, ao Município, de uma obrigação de fazer (matricular crianças em unidades de ensino próximas à sua residência ou do endereço profissional dos seus responsáveis, sob pena de multa diária).

Em sua decisão (voto) o Min. Relator Celso de Mello expõe uma série de princípios fundamentais e dentre esses, três tópicos merecem realce: a) o controle de políticas públicas e a legitimidade jurisdicional; b) o embate entre reserva do possível e mínimo existencial; e c) a proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional.

Nota-se que o julgador pontua o direito à educação, como direito de segunda geração ou dimensão e impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva, consistente num “*facere*”, pois, o Estado deve criar condições efetivas (políticas públicas) que propiciem acesso pleno ao sistema educacional.

Em sua explanação, o Min. Celso de Mello, tecendo considerações sobre o julgamento da ADPF/45-9, assevera que não se inclui no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, e nas do Supremo Tribunal Federal, a competência de formular e implementar políticas públicas, haja vista que, constitucionalmente, essas funções são dos demais Poderes (Poder Legislativo e Poder Executivo). Neste sentido, *in verbis*, trecho do voto condutor:

“A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (STF - RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Assinala, porém, que episodicamente, caberia ao Poder Judiciário agir dessa forma sem, contudo, ferir a autonomia que norteia os Poderes no mister da defesa dos direitos fundamentais. Não se faz correto, nas palavras do Ministro, o Poder Judiciário ausentar-se de suas responsabilidades em face de obstáculos artificiais que revelem o propósito de fraudar, em prejuízo dos cidadãos, condições mínimas de existência.

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de \*direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”. (STF - RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Dentro de um cenário de necessidade v. escassez, onde se opera o clamor público na implementação dos serviços por meio de políticas públicas efetivas e da concretização dos direitos fundamentais, observa-se, não raro, a expressão “*ativismo judicial*”, permeando os ambientes sociais e jurídicos.

Nosso vernáculo possui diversas acepções, destacando-se as que parecem precisas e alinhadas para com o propósito deste estudo e do pensamento vislumbrado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo os acórdãos/ votos expostos:

“Acentuação da atuação consequente da vontade, na formação da cultura e da sociedade; toda criação espiritual, bem como a arte e a teoria científica devem

servir à atividade dirigida a uma meta. Doutrina ou prática de dar ênfase à ação vigorosa, p. ex, ao uso da força para fins políticos”. (MICHAELIS, 1998, p.253).

“Grau de influência dos valores e concepções pessoais na tomada de decisões relativas à efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social “Schlesinger Jr.”. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 460-462, *apud* GAMA, p.148).

“Expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. (BARROSO, 2005, p.10).

“Fenômeno coletivo decorrente de circunstâncias fáticas que se relacionam com a concretização do direito fundamental à celeridade processual por meio da flexibilização do ritualismo processual”. (ANDRADE, 2014, p.15).

Em contraste aos conceitos supracitados, a visão de Montesquieu, que defende “o poder de julgar”, como uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de “direitos novos”. Assim conclui, que o poder de julgar, de qualquer modo um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*), restringe a prestação jurisdicional à mera declaração da lei. (MONTESQUIEU, 1996, p.57).

Seguindo a mesma *ratio*, encontramos o juiz *Antonin Gregory Scalia*, da Suprema Corte norte-americana, com atuação de 1986 até 2016, era um textualista em interpretação estatutária, acreditando que o significado comum de um estatuto deveria governar. Adepto à filosofia judicial do originalismo, que defende o entendimento no sentido de interpretar a Constituição Federal nos termos teóricos e significados daqueles que a ratificaram.

Em 1998, *Scalia* opôs-se à ideia de Constituição “Viva”, e ao poder do Judiciário de modificar o significado das disposições constitucionais para adaptá-las aos novos tempos. Alertou que se alguém aceitasse que os padrões constitucionais deveriam evoluir com uma sociedade em amadurecimento, "o risco de avaliar os padrões em evolução é que é muito fácil acreditar que a evolução culminou nas próprias opiniões". (SUPREME COURT, 2020).

Em que pese todo o debate sobre a melhor filosofia ou corrente de pensamento adotada pelos Ministros da Suprema Corte no momento do *decisum*, nos alinhamos ao entendimento de J. J. Gomes Canotilho, no sentido de elencar a dignidade da pessoa humana como uma das bases do princípio republicano em Estados democráticos de direito. O autor pondera a existência de um princípio subliminar à ideia de dignidade e o denomina “princípio antrópico”, que compreende a noção de *dignitas-hominis*, construído pelo filósofo humanista Pico della Mirandola e que sustenta a existência de um homem “conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”. (CANOTILHO, 2000, p.225).

Nos parece razoável depreender deste pensamento a máxima que o sistema normativo está a serviço do ser humano e de suas necessidades, estabelecidas segundo as métricas do próprio ordenamento.

#### 4 LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: A RESERVA DO POSSÍVEL

Qual seria o adequado limite à atuação do Supremo Tribunal Federal? Possuiria o julgador elementos técnico-jurídicos apropriados para fazer frente a esta indagação?

Com essas perguntas buscamos desenvolver algumas considerações sobre a *teoria da reserva do possível*, na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. Para entendermos a teoria, faz-se necessário abordar a sua outra face, ou seja, a *teoria do mínimo existencial* e assim, traçar paralelos.

O mínimo existencial, em apertada síntese, consiste no básico para a sobrevivência da vida humana e é um direito fundamental previsto na Carta Magna. Sob este prisma, sua obtenção não dependeria de legislação, sendo considerado inerente à existência do ser. (art. 6º, *caput* da CRFB/88).

Espera-se que o Estado garanta os direitos fundamentais de maneira eficiente (art. 37, *caput* da CRFB), os quais, por sua vez, abrangem direitos socioeconômicos, culturais, laborais, educacionais, etc. Porém, nas últimas décadas o Estado se agiganta, seus serviços tornam-se múltiplos e os direitos fundamentais (1.ª, 2.ª, 3.ª e 4.ª gerações/dimensões), expandem-se, vindo a colidir com a realidade da escassez de recursos, por várias razões, procedentes ou não.

Assim, a máquina pública e seus gestores veem-se obrigados a implementar apenas as obrigações que se encontrarem adstritas aos seus limites orçamentários. É primordial ressaltar que sob à ótica da Constituição Federal, mesmo com deficiência ou inexistência de recursos, não se faz lícito ao Estado recusar o dever de garantir os direitos fundamentais, pois estes são normas de eficácia plena (art. 5º, §1º).

Com essa introdução, entendemos que o Pretório Constitucional está alinhado aos anseios da sociedade, tanto quanto à guarda dos direitos prescritos na Carta Magna, como demonstra este trecho do julgamento da ADPF n.º 45-9, Relator Min. Celso de Mello:

[.....]

“Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. (STF - ADPF 45-9-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 29-04-2004).

Partindo do entendimento do julgador, faz-se necessário observar o recorte da dignidade da pessoa humana conforme expõe Oscar Vilhena Vieira, a partir do imperativo categórico de Kant, para entender a necessidade de uma postura mais atuante e progressista da Corte: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e jamais simplesmente como um meio”. (VIEIRA, 2006, p.67).

O interprete da lei, no caso em análise o Supremo Tribunal Federal, não pode ignorar os limites concretos do orçamento e dos meios de produção em gerá-los, porém, não se pode ignorar, igualmente, a finalidade da criação e manutenção do Estado ao arrecadar recursos e, revertê-los à sociedade por meio dos serviços públicos. Busca-se a implementação do disposto na Constituição de 1988, dentre outros, do fundamento insculpido em seu art. 1º, inciso III, que garante a dignidade da pessoa humana, o que se daria por meio da promoção do bem-estar social.

## 5 O FENÔMENO DO “BACKLASH” E AS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS

O *backlash* pode ser entendido como uma reação contrária ou não desejada à atuação do Poder Judiciário e no presente texto, do Supremo Tribunal Federal.

Observam-se várias formas de manifestação, exemplificando: a.) críticas públicas ou publicadas à Corte; b.) manifestações sociais; c.) indicações estrategicamente ideológicas para o Tribunal; d.) *impeachment*; e.) atos de desobediência civil; f.) introdução de restrições à jurisdição

dos Tribunais; g.) interferência política no processo de preenchimento das vagas nos Tribunais e nas garantias inerentes ao cargo; etc. (HIRSCHL, 2009, p.168).

Nota-se que o objetivo, nos ataques às decisões do Pretório Constitucional, não se funda em bases jurídicas e sim, ideológicas subjacentes, e não seria adequado alinhá-los com rótulos de “direita ou esquerda”, haja vista, existirem decisões tanto progressistas, quanto conservadoras, passíveis de tal reação.

Um precedente conhecido da Suprema Corte Norte Americana que demonstra a ambivalência supracitada, é o caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45 - 1905), em que foi anulada uma lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros.

O diploma legal atacado reconhecia que os padeiros tinham o direito de trabalhar no máximo 60 horas por semana ou 10 horas por dia. Entendeu-se por declarar a inconstitucionalidade, pois não seria adequado ao Estado interferir no contrato de trabalho. Para o Tribunal, a adoção de leis que protegiam os trabalhadores representava uma ingerência indesejada na vontade livre das partes contratantes, violando uma máxima do Estado liberal “*economic substantive due process*”.

No Brasil também podemos observar essa movimentação em julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que suscitaram inúmeras reações político-sociais nos moldes trabalhados. Desta feita, para corroborar com o estudo, declinamos alguns exemplos: a.) Vaquejada (ADI n.º 4983 e EC n.º 96/17); b.) União civil homoafetiva (ADI n.º 4277 e ADPF n.º 132); c.) Prisão em segunda instância (HC n.º 152.752 e ADCs n.º 43 e 44).

Em suma, depreende-se que o *backlash* vai consistir nas reações políticas contra a linha adotada pela Corte, não raro rotulada de “ativista”, em face da ascensão política do grupo contrário, “direita ou esquerda”, ao direito suscitado.

Uma das possibilidades nefastas que se apresentam nesse cenário, são as medidas políticas contrárias que podem ser adotadas e assim, retrocederem os avanços adquiridos. Estaríamos diante de uma zona cinzenta sobre os desdobramentos políticos envolvidos no debate e com isso, a depender da retórica e sua difusão, observar uma contaminação do real valor jurídico defendido, vindo assim a afetar sua aceitação social. Ao buscar impor políticas públicas por meio de decisões judiciais, pró-direitos fundamentais, deve-se ter consciência do risco que decorre de tal ação, procurando obstaculizar sua potencialidade negativa.

## 6 AS DECISÕES JUDICIAIS DO STF EM ÂMBITO EDUCACIONAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer paulatinamente um protagonismo que seus antecessores não conheceram e as decisões pautadas por esse órgão judicante vêm demonstrando um novo olhar para o papel da Corte e do Poder Judiciário como um todo.

No *campo da educação* tal cenário não se faz diferente e, podemos observar um papel mais ativo e concretizador de direitos fundamentais. No entender de Cury e Ferreira: “Pode-se designar este fenômeno como a ‘judicialização da educação’, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito.” (CURY; FERREIRA, 2009, p.33).

Tal direito, em nosso ordenamento, vem consagrado no art. 6º, *caput*, e no art. 205 e seguintes da Constituição Federal, que passará a desenvolvê-lo, colocando-o em patamar de direito fundamental: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (BRASIL, 1988).

Considerando a expressa previsão e regulamentação constitucional e legal do direito à educação, observamos diversas polêmicas no tocante às políticas públicas implementadas pelos entes federativos e da judicialização na busca da efetividade do direito.

Destacamos, a título de exemplo, em uma análise empírica sobre as maiores incidências na Corte com a temática educação e observamos: a.) acesso a vagas na educação infantil; b.) conflito entre os poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação; c.) ações relativas à contratação temporária de profissionais da educação pública; d.) conflito entre União e os Estados-membros na elaboração legislativa na temática educacional; e.) responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação; f.) financiamento educacional; g.) o poder de regulação do Estado em relação aos estabelecimentos privados de ensino.

O STF já posicionou-se no sentido de confirmar o direito à educação como direito público subjetivo (art. 208, §1º da CRFB/88) e nesse sentido, sustenta que cabe ao Poder Judiciário – especialmente à Corte Constitucional – atuar na análise, formulação e implementação de políticas públicas nos casos em que os demais órgãos ou Poderes estatais competentes não o fizerem.

Busca-se impedir que o Poder Executivo, em face das conhecidas alegações da “reserva do possível”, deixe de cumprir o seu dever. Como afirmado a escassez de recursos públicos, problema comum em nosso País, não pode ser considerada impeditivo por parte da Administração Pública, para a efetiva implantação das políticas educacionais.

Alguns julgados permitirão demonstrar a linha de atuação e argumentação do Supremo Tribunal Federal:

Decisão de cunho socioeconômica onde se vislumbra medida de política pública:

[.....]

“O estagiário, diferentemente do empregado, tem como objetivo fundamental da sua jornada – seja perante entidade privada, seja em meio ao serviço público – agregar conhecimentos e desenvolver capacidades essenciais à sua inserção e progresso no mercado de trabalho e não contribuir, primordialmente, para o incremento de lucratividade/eficiência da instituição em que estagia.” (STF - **ADI 5.752**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18-10-2019, p., *DJE* de 4-11-2019).

Observando questões de cunho econômico e impacto financeiro com repercussão nas políticas de acesso à educação:

[.....]

“Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. (...) A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. A Lei 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar.” (art. 170). (STF - **ADI 3.330**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, p., *DJE* de 22-3-2013).

A Corte, nesses julgados, passa a enfrentar questões sociais de apelo moral:

[.....]

“Direito à educação. Medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei municipal que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual, bem como a utilização desses termos nas escolas. Deferimento da liminar. 1. Violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF/88, art. 22, XXIV), bem como à competência deste mesmo ente para estabelecer normas gerais em matéria de educação (CF/88, art. 24, IX).” (STF - **ADPF 461**, Rel. Min. Roberto Barroso, em tramite).

[.....]

“O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na *arguição de descumprimento de preceito fundamental* para declarar a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 1.516/2015 do Município de Novo Gama – GO, que proibiu a utilização de materiais que tratam sobre questões de gênero e sexualidade em escolas municipais, nos termos do voto do Relator. O Ministro Edson Fachin acompanhou o Relator.” (STF - ADPF 457, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27-04-2020, p. *DJE* de 03-6-2020).

Decisão de cunho administrativo e de apelo social garantindo acesso a matrícula em creche pública:

[.....]

“O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 956475 e restabeleceu decisão da primeira instância da Justiça do Estado do Rio de Janeiro que obriga o Município de Volta Redonda (RJ) a matricular uma criança de quatro anos em creche pública.” (STF – RE 95.6475, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12-05-2016, p., *DJE* de 17-5-2016).

Por derradeiro, decisão de cunho administrativo e de apelo religioso garantindo a laicidade do ensino nas escolas públicas e a liberdade religiosa:

[.....]

“ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFSSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1º, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.” (STF - ADPF 4439, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27-09-2017, p., *DJE* de 21-6-2018).

Nos cabe aqui ressaltar que o envolvimento judicial na elaboração de políticas públicas, partindo de princípios constitucionais, a nosso ver, não fere ou desvirtua o sistema normativo, já que busca transparência nas tomadas de decisão e assim, permite igualdade de oportunidades aos cidadãos. A Corte estaria então, agindo sob o manto do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, com olhos em uma postura de *accountability*<sup>2</sup>, no que tange aos demais poderes.

Os tribunais estão monitorando de forma mais assídua a movimentação das ações políticas centradas em direitos fundamentais e isso se mostra uma tendência não só no Brasil, mas também, na maioria dos países democráticos, o que nos projeta a observar nas últimas décadas a judicialização da política e uma sensação de extrapolar dos limites constitucionais.

Nesse sentido, uma questão bem peculiar da Corte Constitucional Brasileira merece destaque, a qual não raro, enfrenta os fatos postos ao seu crivo sob a ótica do consequencialismo. Tal medida causa perplexidade ao identificarmos que o julgador não considera apenas os fatos e o direito, mas também, as consequências da adoção ou rejeição do *decisum*. Estariam os direitos fundamentais subordinados ou subjugados aos efeitos práticos das políticas públicas como já mencionado no texto supra?

<sup>2</sup>*Accountability* é uma expressão de língua inglesa, que pode ser interpretada como um conjunto de mecanismos de fiscalização, controle, responsabilidade e prestação de contas. Visa identificar e cobrar dos gestores de uma organização a devida prestação de contas dos atos praticados e resultados obtidos.

Certo é, que a celeuma está posta à luz de uma gama imensa de necessidades sociais, direitos fundamentais previstos na *Lex Máxima* e uma real ausência de recursos, o que demandaria para sua equalização, um enfrentamento por meio de políticas públicas e a adequada ordenação de despesas por meio dos Poderes Executivo e Legislativo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário e na figura de Corte Constitucional, tem sido provocado a manifestar-se sobre as mais diversas questões relativas aos direitos fundamentais, especialmente o *direito à educação*. Fazendo um recorte e observando as últimas quatro décadas, por consequência do período de redemocratização e da vigência da presente Constituição, seu papel vem se ampliando no sentido de permitir a concretização dos direitos, por meio de posturas que, não raro, exigem do mesmo uma atuação mais incisiva frente aos demais Poderes.

Percebe-se que nos primeiros anos de vigência da atual Constituição, a Corte cingia-se a decisões relativas à regulação estatal na prestação dos serviços públicos e nos últimos tempos, observa-se um avanço no sentido de efetivar os direitos fundamentais.

Verifica-se uma necessidade social em clamar pela inclusão destes direitos na pauta do Pretório Excelso e assim, permitir a real aplicação das normas programáticas constantes na Carta Magna. A expansão dos serviços públicos em âmbito educacional e a tomada de consciência popular, também deve ser considerada para que tal fenômeno possa ser entendido.

Com a passagem constitucional do Estado liberal para o Estado social e democrático de direito, busca-se no Poder Judiciário, aqui representado pelo STF, ademais do papel de guardião da Constituição, uma visão ampliada no sentido de efetivar os direitos demandados pela sociedade.

No decorrer da pesquisa do presente artigo, observou-se em parte da doutrina o entendimento que tais práticas judiciais seria ativista, no sentido de invadir ou até mesmo violar a esfera de competência dos demais Poderes, porém, observa-se como uma tendência global esse protagonismo das Cortes, na exigência da efetivação dos direitos. O Judiciário, por meio de suas decisões, passaria a ser um garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, e, portanto, da Constituição.

Necessário destacar, contudo, os perigos de uma Corte atuante no sentido do efeito denominado *backlash*, em que retrocessos podem ocorrer.

Outrossim, o Tribunal Constitucional frequentemente necessitará posicionar-se de forma contramajoritária para, assim, exercer seu papel moderador e defender a supremacia das liberdades públicas e dos direitos fundamentais, em face dos Poderes do próprio Estado.

Considerando este silogismo, podemos observar o entendimento de Marina Faraco Lacerda Gama, para sustentar uma ausência de ativismo judicial nos termos defendidos pela maioria da doutrina, uma vez que:

“Para o sistema constitucional de 1988, a validade jurídica da decisão judicial depende da sua fundamentação, que deverá se dar em conformidade com os diversos mandamentos normativos reguladores deste dever funcional e direito fundamental judiciário”. (GAMA, 2016, p.7).

Na mesma senda identificamos o pensamento de Luís Roberto Barroso em sua defesa dos direitos fundamentais e da postura do órgão judicante, sem, contudo, trespassar os limites institucionais estabelecidos pela Constituição Federal no tocante aos demais Poderes. Conforme preleção, declino *in verbis*:

“A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo.

(...)

Só atuam, legitimamente, (*juízes e tribunais*), quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional, e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.<sup>3</sup>”

(BARROSO, [s.d.] )

De todo exposto no presente ensaio, observamos de forma indelével, a existência da complexidade e da dualidade dos fatos concretos frente aos julgados proferidos pelas Cortes.

Em um sistema normativo é fundamental identificar e admitir como natural as crises advindas da evolução do próprio mecanismo. As decisões judiciais consideradas ativistas vão suscitar dois tipos de ilação na doutrina pátria, sendo: a primeira reforçando a importância dessa postura pelas Cortes Constitucionais como garantidora dos direitos fundamentais no espectro de um Estado democrático de direito e a segunda, defendendo a intitulada “autocontenção judicial”<sup>4</sup>, como pressuposto de validação do próprio sistema tripartite do poder.

A função ou poder judicante, tem como escopo típico pacificar as relações conflituosas na sociedade e para tal, não pode agir de forma isolada e distante dos anseios sociais.

Uma vez que os Poderes Legislativo e/ou Executivo, mostram-se omissos em suas ações, cabe ao Judiciário o dever de garantir a justiça aos cidadãos e principalmente, a concretude dos direitos fundamentais.

Podemos observar que ao agir dessa forma, os Pretórios Constitucionais, não exacerbam competências ou violam seus limites, tornando-se assim, “ativistas”, mas com tudo, fazem valer seu papel institucional.

Não temos a pretensão de esgotar o tema no presente artigo e cediço da complexidade que permeia a interação dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), é fulcral colocarmos a aplicação do direito e sua interpretação a serviço do ser humano que se encontra no núcleo do debate e por vezes, é colocado a margem das decisões públicas.

A sociedade mostra-se a cada dia mais complexa e antigos moldes positivistas de interpretação, com *ratio* exclusivamente pautados na moldura legal, não atendem aos interesses concretos das pessoas.

Os direitos fundamentais talhados em uma Constituição, configuram em última análise, elementos que nos projeta a essência do ser humano e dessa feita, sua não implementação por parte das funções estatais (Poderes), seria a negação do motivo pelo qual o Estado existe. Podemos ainda afirmar que em um sistema jurídico aberto, tais regras protetivas são dispostas com a meta primordial de garantir as pessoas seus direitos individuais, sociais, econômicos, religiosos e políticos.

Sob o prisma de alguns juristas, a observância de determinados julgados serem vanguardistas no sentido de efetivarem normas constitucionais, que não raro, são negligenciadas

<sup>3</sup>Apud, Fábio Medina Osório, “Ativismo Judicial”, in O Estado de S. Paulo, 16/07/2020, p. B10.

<sup>4</sup>“O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas” (BARROSO, 2008, p. 7).

(Poder Executivo e/ou Legislativo), configurariam uma conduta ativista, uma vez estando o Poder Judiciário a praticar atos diretos de ingerência sobre os demais. Contudo, é difícil demarcar a linha divisória entre o estrito cumprimento das funções judicantes (pacificadora social por natureza) e as competências institucionais dos demais poderes, uma vez que diante de fatos concretos, a subsunção do fato a norma mostra-se insuficiente, e a busca por justiça, encontra suporte na garantia dos direitos fundamentais.

Ao pensarmos em Estado e nas suas funções típicas (legislar, executar e julgar), nos parece adequado assimilar que cabe ao Poder Judiciário perseguir além da ideia de pacificação e aplicação da justiça, também, a efetividade dos direitos fundamentais, que estariam sendo lesados ou ameaçados pelos demais Poderes. De toda sorte, depreendemos em tais posturas da Corte Constitucional, um avanço interpretativo para o sistema jurídico e também uma evolução do sistema de freios e contrapesos preconizado em nossa Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. Ativismo judicial no ritualismo processual. *Direito Público*, Brasília, v. 10, n. 57, p. 9-26, maio/jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [s.d.]. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 26 fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 08 mai. 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADDI 4439/DF - Distrito Federal, julgado em 27 de setembro de 2017. Ministro Roberto Barroso (relator). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387047/false>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADI 2105 MC/DF - Distrito Federal, julgado em 23 de março de 2000. Ministro Celso de Mello (relator). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur105866/false>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADI 3.330/Distrito Federal, julgado em 03 de maio de 2012. Ministro Ayres Britto (relator). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADI 4277/DF - Distrito Federal, julgado em 05 de maio de 2011. Ministro Ayres Britto (relator). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADI 4983/CE - Ceará, julgado em 06 de outubro de 2016. Ministro Marco Aurélio (relator). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADI 5.752/Santa Catarina, julgado em 18 de outubro de 2019. Ministro Luiz Fux (relator). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751285609>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADPF 132/RJ - Rio de Janeiro, julgado em 05 de maio de 2011. Ministro Ayres Britto (relator). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADPF 457/GO - Goiás, julgada em 27 de abril 2020. Ministro Alexandre de Moraes (relator). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425831/false>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADPF 45-9 - Distrito Federal, julgado em 29 de abril de 2004. Ministro Celso de Mello (relator). Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ADPF&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20CELSO%20DE%20MELLO&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADPF&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20CELSO%20DE%20MELLO&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADPF 461/Paraná, em tramite. Ministro Roberto Barroso (relator). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204906>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. HC 152752/PR - Paraná, julgado em 04 de abril de 2018. Ministro Edson Fachin (relator). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. RE 956.475/Rio de Janeiro, julgado em 12 de maio de 2016. Ministro Celso de Mello (relator). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE956475RJDeciso.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n. 639.337/SP, julgado em 23 de agosto 2011. Ministro Celso de Mello (relator). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+639337%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d3s5ro7>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BULOS, Uadi Lammêngo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BULOS, Uadi Lammêngo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., reform. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgada em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão n. 1

a 6/94, pelas Emendas Constitucionais n. 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo n. 186/2008. Brasília-DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

A CONSTITUIÇÃO na visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo. Brasília-DF: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista; São Paulo: Saraiva, 1997. v.3.

CURY, C. R. J.; FERREIRA, L. A. M. A judicialização da educação. *Revista CEJ*, Brasília, ano 13, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009.

GAMA, Marina Faraco Lacerda. Deixando de lado o “ativismo” e a “autocontenção” judicial. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 38, n. 140, p. 147–155, nov. 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos interpretes da Constituição: contribuição para à interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

MANUAL de redação da Câmara dos Deputados: padronização e documentos administrativos. Reimpressão. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEZZETTI, Luca (Ed.). *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale (con particolare riferimento agli ordinamenti latino americani)*. Bologna: Bononia University Press, 2013. (Collana “Ricerche Di Diritto Pubblico Comparato”. Diretta da Lucio Pegoraro).

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de, 1689-1755. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. rev. e atual. até a EC 76/13. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MATIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed.; ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

TAVARES, André Ramos. Sistemi e modelli di giustizia costituzionale (con particolare riferimento agli ordinamenti latinoamericani). In: BAGNI, Silvia (Ed.). *Giustizia costituzionale comparata: proposte classificatorie a confronto*. Bologna: Bononia University Press, 2013.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Atualizado e organizado por Maria Garcia. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186. Argued March 31, 1986-Decided June 30, 1986. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-5563204.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Brown v. Board of Education*. Decided 1954. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewsspeech/sp05-17-04b>. Acesso em: 18 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575. Argued March 26, 2003-Decided June 26, 2003. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/oralarguments/argumenttranscripts/2002/02-102.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45. Decided 1905. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/lessons%20learned%20from%20brandeis%200january%202016.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Members of the Supreme Court of the United States*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/memberstext.aspx>. Acesso em: 10 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Obergefell v. Hodges* 14-556 U.S. Argued April 28, 2015-Decided June 26, 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-5563204.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WAGSTAFF, Robert H. *Terror detentions and the rule of law: US and UK perspectives*. New York: Oxford University Press, 2014.