

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE DIREITO

Alexandre Caceres

O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA
PROPENSÃO AO ATIVISMO JUDICIAL

Passo Fundo

2022

ALEXANDRE CACERES

O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA PROPENSÃO AO ATIVISMO JUDICIAL

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Marcio Renan Hamel.

Passo Fundo

2022

ALEXANDRE CACERES

O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA PROPENSÃO AO ATIVISMO JUDICIAL

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Marcio Renan Hamel.

Aprovada em ____ de _____ de ____ .

BANCA EXAMINADORA

Profº. Drº. Marcio Renan Hamel

Profº. _____ - _____

Profº. _____ - _____

Dedico este trabalho às duas pessoas mais importante da
minha vida, meu filho Joaquim e minha esposa Lisiane.
A vocês, com muito amor.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos os mestres, que muito se dedicaram para nos proporcionar os conhecimentos acadêmicos que aqui viemos buscar, mas que além de conhecimento nos proporcionaram vivenciar grandes exemplos de valores e caráter, o que sem dúvida, nos tornarão profissionais mais completos. Muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o fenômeno denominado ativismo judicial, fazendo uma breve revisão histórica de alguns modelos de Estado, bem como da relação entre Democracia e a Separação dos Poderes. Aborda também a garantia de direitos, via judicialização da política, motivada entre outras razões, pela frequente inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, que somada a alguns dispositivos da Constituição Brasileira, que permitem diferentes interpretações, tem motivado constantes discussões acerca da atuação do Judiciário, diante de interpretações consideradas errôneas, sob a visão hermenêutica, criando assim normas que contrariam ou extrapolam o texto constitucional vigente. Por fim, é analisado o ativismo jurídico no cenário brasileiro, sob a ótica da representatividade (ou *déficit* de representatividade) popular, compromete a legítima democracia, onde o Estado é governado conforme valores e preceitos determinados pelo povo, e discutindo sobre os limites interpretativos do Judiciário.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Judicialização da Política; Separação dos Poderes; Democracia; Garantia de Direitos; Constituição.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the phenomenon called judicial activism, making a brief historical review of some State models, as well as the relationship between Democracy and the Separation of Powers. It also addresses the assurance of rights, by judicialization of politics, motivated, among other reasons, by the frequent inertia of the Executive and Legislative Powers, which added to some provisions of the Brazilian Constitution, which allow different interpretations, has motivated constant discussions about the performance of the Judiciary, in the face of interpretations considered erroneous, under the hermeneutic view, thus creating norms that contradict or extrapolate the current constitutional text. Finally, legal activism in the Brazilian scenario is analyzed, from the perspective of popular representativeness (or deficit of representativeness), compromises legitimate democracy, where the State is governed according to values and precepts determined by the people, and discussing the interpretative limits of the Judiciary.

Key words: Judicial Activism; Judicialization of Politics; Separation of Powers; Democracy; Assurance of Rights; Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 SEPARAÇÃO DOS PODERES E A RELAÇÃO DEMOCRACIA versus PODERES NO BRASIL	11
1.1 A origem da Teoria de Separação dos Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos	11
1.1.1 A Separação de Funções Segundo Montesquieu	12
1.1.2 O Sistema de Freios e Contrapesos	13
1.2 O Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Neoliberal	14
1.2.1 O Estado Liberal	16
1.2.2 O Estado Social	17
1.2.3 O Estado Neoliberal	19
1.3 Democracia, a Constituição Brasileira de 1988 e a relação entre Os Três Poderes	21
2 A GARANTIA DE DIREITOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	27
2.1 A Proteção de Direitos Individuais e o Controle dos Atos Estatais	29
2.2 Modelos de Jurisdição Constitucional	31
2.2.1 Controle Difuso	32
2.2.1.1 Reserva de plenário	32
2.2.1.2 O papel do Senado Federal	33
2.2.2 Controle Concentrado	33
2.2.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade	34
2.2.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade	34
2.2.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	34
2.2.2.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental .	34
2.2.2.5 A figura do <i>Amicus Curie</i>	35
2.2.2.6 O papel do Procurador Geral da República	35
2.2.2.7 O Advogado Geral da União	36
2.3 O surgimento do Ativismo Judicial	36
3 O ATIVISMO JUDICIAL	39
3.1 O Déficit Democrático dos Sistemas Representativos	40
3.2 A Responsabilidade Política do Juiz	42
3.3 Ativismo Judicial e o Limite Interpretativo	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS CONSULTADAS	48

INTRODUÇÃO

A discussão sobre os poderes exercidos pelo Estado tem origem na idade antiga, quando prevalecia o regime absolutista. Ainda nesta época surgiram pensadores que defendiam a separação dos poderes ou atribuições do Estado. Entre a idade moderna e contemporânea surge o francês Montesquieu, com sua obra “O Espírito das Leis”, reforçando a ideia de Aristóteles quanto a tripartição dos poderes, e é neste período de transição entre a queda do regime absolutista e ascensão dos Estados Liberais, que começa a se falar em direitos ou garantias fundamentais.

Neste momento os direitos fundamentais, também chamados de 1ª geração, baseavam-se em prestações negativas do Estado, ou seja, obrigações de “não fazer”, como a garantia da liberdade e da proteção à propriedade privada. Ainda que tais direitos estivessem consubstanciados em prestações negativas, eles representaram um grande salto humanitário, visto que se superava um modelo de estado extremamente autoritário.

Ao longo do tempo passou-se a se exigir do Estado também prestações positivas, o que caracteriza uma nova transição, agora passando do Estado Liberal para o Estado Social. Tais prestações vêm sendo ampliadas ao longo do tempo, de modo que não há consenso acerca de qual geração de direitos fundamentais é assegurada no presente momento histórico.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assumiu compromissos com a sociedade brasileira, mediante extenso rol de direitos e garantias previstos em seu texto, que nem sempre são entregues aos cidadãos. Essas lacunas normativas são agravadas pela omissão legislativa, que posterga a entrega das promessas pactuadas na carta, para um futuro distante e incerto.

Diante das dificuldades dos Poderes Executivo e Legislativo, de garantirem, em determinados casos, o mínimo existencial constitucionalmente previsto, o Poder Judiciário vem assumindo, gradualmente, o protagonismo das funções estatais, com a atribuição de resolver situações conflituosas, de forma a resguardar e fazer realizar direitos fundamentais, além de controlar a constitucionalidade das leis e a atuação dos demais Poderes.

Esse destaque que o Poder Judiciário tem recebido ocorre em função das demandas de naturezas variadas que são levadas à sua apreciação, como quando ele é provocado a analisar violações de direitos, a efetivação de políticas públicas e a constitucionalidade de atos legislativos, provocando entendimentos no sentido de enquadrar a atuação jurisdicional, principalmente do STF, no chamado “Ativismo Judicial”, onde o judiciário atua de maneira

mais abrangente em relação a função jurisdicional de aplicador da lei, alcançando questões de atuação dos demais Poderes.

Embora a separação de poderes esteja prevista na Constituição brasileira, em seu artigo 60, §4º, III, sua estabilidade vem sendo abalada pela tendência de se buscar a resolução de problemas e conflitos sociais pela via judicial, sendo que, na maioria das vezes, as soluções deveriam partir dos poderes executivo e/ou legislativo, conforme já exposto, deslocando assim a atenção popular dos representantes políticos eleitos, para os operadores do direito, sobretudo os magistrados, que de certo modo, passam a julgar, legislar e executar, flertando com uma posição de autoritarismo.

Assim, surge a figura de um julgador “criativo” que decide, visando o “justo”, antes mesmo de fundamentar, e quando não encontra a resposta constitucionalmente adequada no arcabouço legislativo positivado, decide conforme sua consciência, mesmo em dissonância com o Direito, praticando o ativismo judicial. Neste sistema os discursos de fundamentações são balizados pelo “senso de justiça” de cada julgador, baseados em seus valores.

É sobre este contexto que será analisado se o posicionamento atual do judiciário representa ativismo jurídico, que toma para si responsabilidades de outros Poderes, ou se ele está promovendo um agir jurisdicional ideal, sustentado pela interpretação criativa do Direito, distante do caráter conservador de mero aplicador do Direito posto, buscando se adaptar à realidade social e política atual.

1 SEPARAÇÃO DOS PODERES E A RELAÇÃO DEMOCRACIA *versus* PODERES NO BRASIL

A organização da civilização, conforme o que se tem hoje, resulta da constante luta entre as forças de transformação e conservação, que se entende ao longo da história, e repete-se desde a época de os servos e seus senhores, da nobreza e da plebe até depois com o advento da burguesia e do proletariado

A partir da Revolução Industrial e da Revolução Francesa, tem início o processo de transformação, que se direcionou para a democratização do direito e do poder, culminando na Democracia representativa. Assim, o Estado distribuiu seu poder em funções (Legislativa, Executiva e Judiciária), na busca pelo equilíbrio das forças de nossa sociedade a fim de assegurar as liberdades individuais e a consecução do bem comum.

A este sistema que preza pela comunicação e controle mútuo de um poder pelo outro dá-se o nome de “checks and balances”, ou, Freios e Contrapesos.

1.1 A origem da Teoria de Separação dos Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos

A teoria da separação dos poderes tem origem ainda nos tempos da antiguidade, pela obra de Aristóteles, “Política”, na qual o autor apresentou características do poder estatal, similares as atribuições Legislativa, Executiva e Judiciária atuais. Aristóteles reconhecia três poderes do Estado: 1) Poder deliberativo, que deliberava sobre as questões próprias do Estado; 2) Poder executivo, delegado aos magistrados e empregado segundo as deliberações do poder deliberante. 3) Poder de fazer justiça, que versava sobre à jurisdição. Mesmo assim o autor entendia que tais poderes não eram independentes, pois estavam subordinados ao governo monocrático.

No entanto, John Locke e Montesquieu são considerados os teorizadores dessa doutrina, sendo Montesquieu a referência de tal teoria, em consequência de sua obra, “O espírito das Leis”.

Locke, no Segundo Tratado do Governo Civil, publicado em 1690, inspirado pelas instituições inglesas, reconhece também três funções: a legislativa, a executiva e a federativa. Na legislativa, ele considera não apenas a obra do legislador, mas também a do juiz. A função

federativa compreende as relações internacionais, que se estabelecem por meio de alianças. No conceito de Locke, na separação entre exercício da função legislativa, executiva e federativa, as últimas devem ser confiadas ao mesmo ente, pois ambas dependem da força armada e a divisão desta é fonte de conflitos.

Contudo, John Locke difere de Montesquieu, pois atribui demasiado poder para a função legislativa, em detrimento das demais, principalmente em relação a função judiciária, que era considerada praticamente como um poder nulo.

1.1.1 A Separação de Funções Segundo Montesquieu

Mesmo não sendo o primeiro a defender a separação de poderes, é com Montesquieu, em seu livro *O Espírito das Leis*, publicado em 1748, que efetivamente nasce essa doutrina, trazendo a ideia de uma divisão funcional do Poder em vista da liberdade e segurança individuais. Não se refere o autor à liberdade do povo, em que cada um pode fazer o que quer. Na visão de Montesquieu, é a liberdade política, baseada nas leis – nos moldes da constituição da Inglaterra – em que só se pode fazer aquilo que as leis permitem.

Segundo Montesquieu, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (2005, p. 166). Este é o cerne de sua separação de poderes, já que na visão de Montesquieu, mesmo nos estados moderados, garantidores da liberdade política, esta só existe efetivamente quando não há o abuso de quem possui o poder. Assim desponta a clássica divisão de funções entre os órgãos executivo, legislativo e judiciário, a partir da própria argumentação de que também a liberdade, à luz de sua teoria, precisaria ser limitada, de modo a evitar a concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa.

Montesquieu discorre sobre os diversos tipos de liberdade, sendo que cada povo, dependendo da forma de governo adotada, atribui seu próprio significado à liberdade, a partir da sociedade em que vivem e desenvolveram seu governo. Desta forma, há diferença entre a liberdade propriamente dita, da liberdade política. Numa democracia, o povo parece exercer suas vontades plenamente, no entanto, a liberdade política, em um Estado dotado de leis, não leva esta acepção do exercício pleno de vontades, e sim da liberdade de se fazer tudo que a lei

permite, sendo que se um cidadão pudesse agir em desconformidade com a lei, já não teria mais liberdade, à medida que os outros também teriam esta faculdade (Montesquieu, 2000).

Na *O Espírito das Leis*, Montesquieu, faz cita três poderes: o legislativo, o executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo daquelas que dependem do direito civil (Montesquieu, 2000).

Com o poder legislativo, o príncipe ou o magistrado cria as leis, podendo corrigir ou anular aquelas que foram feitas. Com o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, ele faz a paz ou a guerra, previne invasões e instaura a segurança. O poder executivo daqueles que dependem do direito civil, é o poder pelo qual o príncipe ou o magistrado castiga crimes e julga as querelas particulares.

Nas situações em que os poderes legislativo e executivo se concentram numa mesma figura, a liberdade e a segurança do cidadão são ameaçadas, pois o detentor do poder que cria a lei também detém o poder de aplica-la, e tal situação permite a criação de leis tirânicas, que seriam aplicadas indevidamente, prejudicando os particulares.

Este sistema teorizado por Montesquieu é aplicado até os tempos atuais, sendo imprescindível para a estrutura do Estado. O princípio da tripartição e harmonia dos poderes afasta a acumulação de funções nas mãos de um só dirigente, o que garante aos governados a segurança necessária que o Estado deve prover para os seus cidadãos.

1.1.2 O Sistema de Freios e Contrapesos

Montesquieu, dando coerente seguimento à máxima de que “quem tem o poder é levado a dele abusar”, devendo o poder conter o poder, apresentou um sistema de interferências recíprocas entre os poderes, similar ao sistema de freios e contrapesos que seria apresentado pelos federalistas americanos tempos mais tarde, no qual se encontram as interferências entre legislativo, executivo e judiciário, como forma de viabilizar um controle recíproco tendente ao equilíbrio e harmonia entre poderes.

Contudo, vários intérpretes revolucionários conferiram uma interpretação deficiente à teoria de Montesquieu, apresentando-a como consagradora de uma Separação Estanque de

Poderes, impedindo qualquer sorte de controle ou interferência entre os poderes (HAMON, TROPER, BURDEAU, 2005, p. 90-91), o que fez surgir a tese de que os federalistas americanos seriam os “inventores” do Sistema de Feios e Contrapesos. Na verdade, os próprios americanos, a começar por James Madison, reconhecem a iniciativa de Montesquieu sobre o tema, dando-lhe esclarecimento e desenvolvimento apropriados, à medida que explicitam seu entendimento e aprofundam sua preocupação inicial com uma perspectiva realista e pragmática da natureza humana.

Após apresentar as razões da necessidade do Sistema de Feios e Contrapesos, Madison pondera com acerto sobre as possíveis alegações de aviltamento da natureza humana decorrente do constante estado de vigilância deflagrado por este sistema. A grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em me dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. Mas as medidas de defesa devem ser proporcionais aos ataques, onde a ambição deve poder contra-atacar a ambição.

1.2 O Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Neoliberal

A ideia de Estado (do latim status = estar firme) foi concebida por Maquiavel em o “O príncipe”, de 1513. Na obra, já de início Maquiavel dispõe que “todos os estados, todos os domínios, que tiveram e tem poder sobre os homens, são estados e são repúblicas ou principados”.

Para Oppenheimer (1926, p. 27), o Estado é a organização dos meios políticos que se configura na subtração do trabalho alheio, ou seja, não foi criado por um “contrato social”, ele sempre nasceu da conquista e da exploração.

Já no entendimento de Azambuja (2012, p. 19), o geminar do Estado teve como origem, principalmente, “uma necessidade humana de superar o Estado de Natureza e institucionalizar a busca daquilo que é próprio do homem: o bem público”. Pela necessidade do homem em viver em sociedade, se considera que o Estado é uma sociedade natural.

No Brasil (pós Constituição Federal de 1988), embora impossível definir um conceito que atenda as mais variadas correntes doutrinárias, em vista da sua complexidade, é traçado quanto aos seus requisitos mínimos por Dallari (2007, p. 199):

Parece-nos que se poderá conceituar o Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na soberania. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação desde a um certopovo, e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território (grifo do autor).

Sendo assim, dotado de soberania, território, povo e politicidade, o Estado estaria vinculado a uma ordem que tem o bem comum como fim. O Estado é também sociedade necessária, visto que o homem desde antes de seu nascimento até depois da morte se vê tutelado pelo Poder Público, jamais vindo a dele se emancipar.

Ainda que os requisitos já citados sejam importantes, provavelmente o principal fator esteja relacionado ao Estado de Direito, que Dworkin associa ao ideal de justiça substantiva, numa concepção focada nos direitos fundamentais e morais. Dispõe (2007, p. 7):

A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no —livro de regras, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais, por meio de Tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável.

Em relação ao modelo econômico, o Estado, buscou responder aos fatos sociais, adotando teorias de cunho ora liberal, ora social. Assim, torna-se importante analisar os pilares que sustentaram o Estado liberal e o Estado Social, para compreender como estes, em seus diferentes estágios, tutelam seus institutos e recepcionam o direito dito.

1.2.1 O Estado Liberal

Fomentados pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, o Estado Liberal formulou-se como “o primeiro Estado Jurídico guardião das liberdades individuais” (BONAVIDES, 2004, p. 42). Seu período estendeu-se entre 1789 até meados do século XIX, superando o feudalismo e inaugurando o industrialismo à luz do fenômeno de hipertrofia do Estado que, explicado por Hobbes (1979, p. 106), atribui ao Estado a forma de um Leviatã onde há um “Deus mortal, ao qual devemos, abaixo de Deus imortal, nossa paz e defesa”.

O Estado liberal é uma inspiração da burguesia da época, resalta Bonavides (2004, p. 42) ao contar que “a burguesia, classe dominada, a princípio, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social”. O que houve foi a generalização dos ideais que eles entendiam como cabíveis para si mesmos. Iriarte (1995, p. 9) traça como características do Estado Liberal:

O individualismo (confere primazia absoluta ao indivíduo, deixando o coletivo ou social relegado a um plano secundário); a liberdade de pensamento e de expressão; a livre iniciativa, desembaraçada dos empecilhos da ação do Estado; a propriedade privada dos meios de produção; a livre concorrência; um Estado reduzido (o Estado mínimo), apenas responsável pela manutenção da ordem interna e da segurança externa. (Grifo nosso).

É preciso ressaltar que o liberalismo possui duas vertentes: uma política e outra econômica. O liberalismo político seria a doutrina cuja finalidade é estabelecer a liberdade política do indivíduo em relação ao Estado. E liberalismo econômico seria a doutrina que preceitua a existência de uma ordem natural para os fenômenos econômicos, a qual tende ao equilíbrio, sem a necessidade da intervenção do Estado (IRIARTE, 1995, p. 9).

Observa Azambuja (2012, p. 171) que o Estado Liberal, consubstanciado na forma de regime popular, acabou por absorver o indivíduo e o povo, uma vez que estes, incapazes de resolver os problemas que surgiam numa sociedade cada vez mais complexa, buscaram no Estado a resposta para suas dificuldades. A exemplo disso começaram-se a destoar conceitos como o do liberalismo econômico que, embora tenha trazido liberdade para o indivíduo, sempre foi conservador, antidemocrático e partidário de um despotismo esclarecido. (IRIARTE, 1995, p. 9).

Assim, apesar de sua natureza tipicamente não intervencionista, “o Estado se hipertrofiou exatamente para atender os reclames dos que mais queriam defender os direitos do indivíduo contra o poder do Estado. A cada necessidade, um novo serviço público, para cada problema, uma lei ou código. ” (AZAMBUJA, 2012, p. 171). A partir daí o Estado Liberal passa a sofrer maior intervenção estatal, dando lugar ao Estado Social, em meados do século XX.

1.2.2 O Estado Social

O Estado Social chega trazendo o problema da liberdade, que conduzia diversas situações de arbítrio no que dissesse respeito ao próprio fundamento do liberalismo: o Direito Natural. Tal liberdade

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. [...] Evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego dos métodos brutais de exploração econômica a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. (BONAVIDES, 2004, p. 59).

A concepção de Estado Intervencionista deixou sua inércia social e, definitivamente, ganha foros intervencionistas, em um contexto pós Primeira Guerra Mundial. Segundo Bonavides (2004, p. 56) “A passagem do *status naturalis* ao *status civilis* é o momento racionalmente decisivo para a implementação da liberdade na ordem de coexistência dos indivíduos” (grifo do autor).

O Estado Social foi implantado em variados sistemas de organização política, como exemplo, na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista, e em Portugal salazarista. O Estado social, não contrapõe o capitalismo liberal, mas representa um sistema no qual o controle burguês se vê enfraquecido e o Estado passa a se configurar na forma de “pacificador necessário entre o trabalho e o capital. ” (BONAVIDES, 2004, p. 183).

Naquele momento ocorreu uma reviravolta, onde diminuiu-se o ideal de que a liberdade correspondia a diminuição do Estado perante o povo e iniciou-se um período em que o próprio Estado era detentor das promoções de direitos que elencavam a liberdade. Nesse passo, Bobbio (1988, p.19) diz que o “Estado torna-se um Estado Social, positivamente

atuante para ensejar o desenvolvimento e a realização da justiça social”. Tornou-se, portanto, íntima a relação do Estado com a democracia e com as garantias sociais que a circulam, enunciando em lei algumas necessidades e demandas públicas e sociais, assim indica Bonavides (2004, p. 186)

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

Segundo Martinez (2004, p. 1) “o Estado de Direito Social será o esteio jurídico do capital nacional e internacional”, rompendo-se este liame somente durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Em um contexto histórico e humanitário o autor supracitado anota os passos importantes para além das limitações jurídicas típicas do liberalismo clássico:

Na década de 40, foi formação da Organização das Nações Unidas (ONU – a 24 de outubro de 1945): como indicativo de que os direitos humanos deveriam reger as relações políticas, internas e externas. Em seguida, em 1948, proclamou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que veio assegurar os direitos sociais e corroborar o fluxo civilizatório que se impôs com o final da 2ª Guerra Mundial – e ainda que estivesse em pleno curso o nefasto período da Guerra Fria.

O grande marco de garantia internacional de direitos humanos foi, conforme Martinez, executado por conta das envergaduras a que se condiciona o Estado Social. Já no Brasil, o Estado Social nunca alcançou a plenitude de suas ideias, pois no governo populista de Getúlio Vargas dos anos 30, havia um regime dúbio onde:

De um lado, ocorre a cortesia com o povo ao se admitir a prevalência dos direitos trabalhistas (CLT) e, de outro, há a adaptação da economia capitalista industrial aos

interesses da aristocracia política rural – bem como ao sistema econômico internacional, em vias de se globalizar. Há um ajuste entre a necessidade de transformação dos meios de produção e as relações sociais que predominavam naquela fase. Por isso, Getúlio Vargas ainda será chamado de Pai dos Pobres e de Mãe dos Ricos (grifo do autor). (MARTINEZ, 2004, p. 1).

Nesse contexto de anuências de significados, onde havia uma incisão subjetiva do Estado Social de um lado, mas de outro não, o período áureo desse Estado Social se deu, segundo Martinez (2004, p. 1) “com o chamado milagre econômico, na década de 1970, mas seu encerramento se dará, definitivamente, com o primeiro governo de FHC (Fernando Henrique Cardoso) e a era das privatizações (CSN e Vale do Rio Doce)”.

1.2.3 O Estado Neoliberal

Já o Neoliberalismo vem se constituir primeiramente como uma ideologia, logo após a II Guerra Mundial, com intuito de combater o Estado intervencionista e de bem-estar. De acordo com os neoliberais os homens só se encontram em sociedade hoje em dia devido a percepção de que juntos, com a divisão do trabalho, produzem mais, e essa sociedade só é meio para o indivíduo atingir os seus fins, que são particulares à cada indivíduo.

Segundo Holanda (1998) a divisão do trabalho dentro da sociedade só acaba por gerar mais desigualdades entre os homens que já não são todos iguais por natureza, essas igualdades são geradas porque a divisão do trabalho acaba por reduzir o tamanho e muitas vezes a complexidade das tarefas dentro da produção, fazendo com os indivíduos se tornem especialistas em determinadas tarefas. Assim, as decisões tomadas pelos homens visam uma melhoria de condição, e o Sistema de Preços é a única coisa capaz de regular essas decisões. O modelo crê que o indivíduo deve estar isolado para realizar a suas ações no mercado, sem estar amparado pelo Estado. Acredita que dessa forma, a verdadeira liberdade estaria sendo exercida. (Holanda,1998).

Com a ascensão de Margareth Thatcher, em 1979, surgiu o primeiro governo de um país já desenvolvido, empenhado em aplicar as práticas do neoliberalismo. Nos Estados Unidos esta teoria chegou com o governo de Ronald Reagan, que tinha como grande objetivo levar a derrota da União Soviética na Guerra Fria, como resposta ao sistema socialista que os neoliberais consideravam o “maior inimigo da liberdade”. Em seguida vários governos emergiram no norte da Europa e no mundo, implementando a teórico neoliberal.

O final da Guerra Fria, com a derrota da União Soviética e seu consequente desmembramento, afirmou definitivamente o neoliberalismo. Foi a vitória da economia de mercado, sobre o sistema econômico Socialista, que não conseguia competir no mesmo patamar com o sistema econômico Capitalista.

Assim, ocorreu uma ruptura nos parâmetros do Estado Social e a retomada à liberdade, traçada pelo Estado Liberal. Para o neoliberalismo, a liberdade econômica, capitalista, financeira, regula as relações sociais, e estas refletem as consequências do mercado. O avanço do capitalismo tomava proporções mundiais e reduzia a participação do Estado na sociedade, obrigando o Estado a reestruturar sua economia com o fim de competir internacionalmente, assim afirma Silva (2003, p. 1):

A competição é um elemento imprescindível para desenvolvimento da sua política, chegando a ser considerada a mola mestra do neoliberalismo. Quanto à filosofia neoliberal, é importante dizer que crêem (sic) que os homens não nascem iguais, nem tendem à igualdade. Em relação à pobreza, vêem (sic) a sociedade como cenário da competição. Se há vencedores, então tem-se que aceitar que existem perdedores. Na visão neoliberal, a inflação seria resultado do descontrole da moeda, que é consequência (sic) do aumento constante das demandas sociais pleiteadas pelos sindicatos, tais como, previdência, redução da jornada de trabalho, aumento salarial, seguro-desemprego, entre outros, ou seja, provocando um desequilíbrio financeiro (despesas maiores do que receitas). Sendo assim, este aumento do déficit público tem que ser compensado pela emissão de moeda.

Idealizou-se assim o Estado Mínimo, onde cabia ao Estado tão somente existir de forma subsidiária à privatização de diversas atividades do mercado. A atuação do Estado se modifica, passando de um Estado que era propositivo, para um Estado que seja apenas de polícia, que se limite a defender os direitos de propriedade e os contratos.

Segundo Nilson de Souza:

O neoliberalismo tenta conectar-se com a realidade a partir de cinco pontos fundamentais. Em primeiro lugar, a globalização da economia, ou seja, estaria se formando um mundo sem fronteiras econômicas. Segundo, a revolução científico-técnica, ou seja, estaria se dando a terceira revolução tecnológica e industrial a partir da fusão da ciência com a tecnologia. Terceiro, a falência do Estado, ou seja, o Estado estaria financeiramente quebrado e teria esgotado seu papel desenvolvimentista. Em quarto lugar, o fim da história, isto é, a Humanidade teria chegado ao seu desiderato, formando o homem perfeito, vivendo numa sociedade pronta e acabada e, portanto, não haveria mais lugar para a evolução histórica. Por último, a ideia-força, subjacente a tudo isso, é a eficiência do mercado. Retoma-se a ideia de liberdade, como elemento-chave da ideologia burguesa, mas, desta vez, é, sobretudo, a liberdade de mercado. Demiurgo de uma era que já teria chegado, o

mercado, para os liberais, em sua ação reguladora e livre de suas supostas peias (Estado, regulamentações, protecionismo, etc.), seria o motor de um mundo globalizado e próspero e acicate da revolução científico-técnica, capaz de alocar os recursos mundiais da forma mais eficiente e de maneira a promover o bem-estar da Humanidade. Coroando tudo isso, a democracia liberal leva ao poder político a lógica do mercado, ao garantir ao cidadão liberdade de escolher seus governantes. Ali onde não houvessem esses requisitos, a única sobrevivência consistiria em garanti-los, destruindo, para isso, todas as barreiras que se interpusessem em seu caminho, privatizando, desregulamentando, “abrindo” a economia. (Souza. 1995. P,16)

No Brasil, as teorias neoliberais influenciadas por Thatcher e Reagen, foram implantadas no ordenamento jurídico durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, com a Reforma Gerencial, conduzida pela Emenda Constitucional de nº 19. O novo modelo de gestão pública foi inspirado nas teorias neoliberais, vindo como resposta a manifesta incapacidade do Estado de atuar ativamente contribuindo de forma efetiva na vida social do particular, como previra a Constituição Federal de 1988.

1.3 Democracia, a Constituição Brasileira de 1988 e a relação entre Os Três Poderes

Analisando o passado recente do Brasil, percebe-se as mudanças incorporadas pela Constituição de 1988, após anos de ditadura militar, período no qual a prática de torturas, invasão de residência e outros atos, eram deliberadamente praticados pelos militares.

A nova Constituição, visa resolver esses problemas, ligados ao abuso de poder militar e a falta de liberdade de expressão, determinando que o Brasil seria um Estado Democrático de Direito, com a separação de poderes, devendo cumprir os princípios e fins estabelecidos pela própria Constituição, que traz um texto bastante amplo, com rol abrangente de assuntos relativos ao País.

Com isso surgem questões conflitantes nos aspectos democráticos e nos meios para o cumprimento dos fins constitucionais, visto que este modelo segue a vontade do povo, mas por meio de seus representantes, selecionados por processo eleitoral, como ensina Miguel Reale:

O reconhecimento da necessidade de liderança representa, assim, uma das componentes essenciais da moderna compreensão da democracia. É preciso, com efeito, desfazer-se o equívoco de pensar que a teoria da “liderança política” ou da

“classe política”, qualquer que seja a denominação preferida, represente uma solução antidemocrática. Assente que não há possibilidade de ser o governo exercido por todos, ou, por outras palavras, até e enquanto for utópica qualquer identificação entre governantes e governados, o problema se desloca para saber-se como é que a minoria dirigente deve exercer o poder com legitimidade. Verifica-se, desse modo, que o problema crucial da Democracia não consiste na mera proclamação de que o governo é “do povo, para o povo e pelo povo” – o que vale como princípio deontológico ou ético – mas deve ser posto de maneira mais concreta, indagando-se da forma pela qual o povo dá o seu assentimento à minoria incumbida de realizar as delicadas tarefas inerentes ao comando político. (REALE, 1977, p. 83).

Desta forma, em sua essência, a Constituição Federal de 1988 brinda o Estado Social, entretanto, a partir do final dos anos 90 e nas duas décadas que se sucederam, o Estado brasileiro foi sucessivamente reformado por Emendas Constitucionais de perfil liberalizante como nos Capítulos da Ordem Econômica Financeira e da Seguridade Social, o que promoveu significativa redução do Estado brasileiro, com a venda de diversas empresas públicas. Assim, a qualificação como Estado Social da nação construída pela Constituição de 1988, antes ou depois das reformas, é igualmente sujeita a ressalvas ideologicamente insuperáveis (ARAÚJO, 2009, p. 12).

Nesse processo, a Constituição passa a ser um instrumento na busca da efetividade do Direito (STRECK, 2011, p. 147), como também afirma Barroso (2021, s/p):

Quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisando topicamente. Quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre possíveis soluções.

Assim se inaugura o Estado Constitucional moderno, arquitetado sobre uma estrutura política-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica e dos direitos humanos, fenômeno esse que gera um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

Desta forma, o Estado Democrático de Direito brasileiro, baseado na tripartição dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), independentes e harmônicos entre si, tem como

objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Embora a previsão constitucional dos referidos objetivos fundamentais, observa-se que os representantes eleitos pelo povo na esfera Executiva e Legislativa não tem obtido êxito na sua consecução o que, por conseguinte tem gerado o aumento das desigualdades sociais e o retrocesso no desenvolvimento nacional.

Isso nada mais é que a denominada “crise da democracia representativa”, que tem como causas a inoperância e os desmandos dos mandatários eleitos pelo povo, caracterizando um déficit democrático, e como consequência, a Judicialização da Política e das Relações Sociais.

Nesse contexto, Franco Aurélio Brito de Souza extrai como acerto:

Com a edificação do Estado Democrático de direito, deslocou-se o papel principal para a esfera do Poder Judiciário, o qual trouxe para si o dever (com significativa carga valorativa construtiva) de complementar e adaptar os comandos normativos emanados do Poder Legislativo à realidade socioeconômica da população. E é justamente sob essa perspectiva de considerável expansão do princípio democrático, de positivação de um quadro cada vez mais amplo de direitos fundamentais, de intensa institucionalização do direito na vida social e política e de redefinição das relações entre os Poderes que o Judiciário vem assumindo um protagonismo irrefutável, que se descortina o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais (sobretudo dos conflitos coletivos).

Por sua vez, a corrupção trouxe para a arena político-social a crise de representação da política e dos políticos.

Pondera Abreu que:

A consolidação institucional da democracia brasileira, além dos problemas sociais emergentes de uma sociedade profundamente desigual e injusta e de baixo índice de cultura cívica, enfrenta um problema político que se revela particularmente grave, que faz respeito às relações assimétricas entre os três Poderes da República. O atual sistema potencializa o Executivo em desfavor de um Legislativo com baixa legitimidade, e repatria para o Judiciário demandas de caráter político e social que teoricamente estariam na órbita da representação.

Nessas circunstâncias, o Judiciário é lançado ao centro da arena política decisória assumindo a feição de uma representação funcional que o legitima democraticamente ou ainda nos moldes de Alexy, uma representação argumentativa em que o tribunal representa o cidadão argumentativamente.

Neste contexto, a democracia participativa contribui de igual modo para suprir o déficit democrático gerado pela crise da democracia representativa, estando de forma intrínseca relacionada à Judicialização da Política e das Relações Sociais na medida em que setores diversos da Sociedade se valem dos mecanismos legais de acesso à justiça para veicularem suas pretensões voltadas para a realização dos direitos constitucionais sob a forma da representação funcional.

Não há propriamente uma concorrência entre a representação funcional com a representação política, mas sim uma relação de complementaridade recíproca, extraída da tradição republicana brasileira com atuação compensatória em relação ao déficit democrático, especialmente contra a intervenção legislativa do Executivo.

Werneck Vianna et al explicam com mais detalhes a conexão existente entre a democracia representativa e a participativa no contexto brasileiro, ocorrida a partir dos anos 90.

Para tanto, concorreu uma séria complexa de circunstâncias, principalmente a valorização, por parte das minorias parlamentares e dos interesses atingidos pela agenda neoliberal de reformas do Executivo, dos procedimentos previstos para o controle abstrato de normas, especialmente diante do recurso abusivo às medidas provisórias na iniciativa das leis. Têm sido igualmente relevantes para esse resultado a crescente internalização, pelo Ministério Público, do seu papel nas ações públicas, quando, em muitos casos, atua como instituição que mobiliza a participação de grupos sociais, as mudanças ocorridas no Poder Judiciário, que por influência de pressões democratizadoras externas a ele, quer por movimentos originários da própria corporação e, last but not least, as transformações por que tem passado o imaginário da sociedade civil, especialmente dos seus setores mais pobres e desprotegidos que, depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vêm procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo, como nas ações civis públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de direitos e de aquisição de cidadania.

Isto posto, observa-se que a Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil está assentada em dois pilares básicos: a crise da democracia representativa e o acesso à justiça ampliado e constitucionalizado com a toda a sorte de direitos.

Na visão de Cappelletti at al o acesso à justiça pressupõe não somente um sistema acessível a todos, mas a produção de resultados que sejam individual e socialmente justos.

Ressalta-se que a constitucionalização e a criação dos juizados especiais no Brasil promoveram significativamente o aumento do acesso à justiça, tendo em conta a facilitação proporcionada pela simplicidade e celeridade das vias processuais próprias da natureza das causas de menor complexidade que no Brasil assumem expressivos números.

Como lembra Abreu, a constitucionalização dos juizados especiais de pequenas causas e especialmente a edição da Lei n. 9.99, de 26 de setembro de 1995, deram ênfase ao acesso à Justiça de forma democrática permitindo ao judiciário intervir na busca da realização dos anseios sociais.

Explica o referido autor que

A Constituição Federal de 1988 inovou substancialmente em tema de juizados, Primeiro, como já dito, conferiu foro constitucional a esse tipo de jurisdição especial – dantes regulada somente por lei ordinária federal, dando margem a inúmeras discussões acerca da sua constitucionalidade. Num segundo plano, ampliou o conceito de pequenas causas, até então adstrito a um critério meramente valorativo de conteúdo econômico, incluindo, desta feita, as causas cíveis de menor complexidade, agora incorporando na definição da competência um critério qualitativo material, fundado na natureza da lide. A par disso, tornou obrigatório a criação desses juizados pelos Estados, conferindo-lhes competência concorrente para legislar sobre sua criação, funcionamento e processo.

Importante observar ainda que o Judiciário como um Poder contra-majoritário representa também o direito das minorias que se encontram à margem do processo político majoritário, sendo este o grande papel de uma Corte Constitucional, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático, sendo que eventual atuação contra-majoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.

Esse desempenho mais ativo do Judiciário, nos dizeres de José Herval Sampaio Júnior, nada mais é do que um corolário da aplicabilidade imediata que devem ter os direitos e garantias fundamentais em todas as situações táticas, constituindo verdadeiro atentado ao sistema democrático brasileiro negar esses direitos aos cidadãos.

Na lição de Barroso, contudo, o Ativismo Judicial é até então parte da solução e não do problema, comparando-o a um antibiótico poderoso que de ser usado quando necessário e desde que controlado, sob risco de se morrer da cura. O ativismo Judicial não pode ser utilizado para desviar os reais problemas que afetam a democracia brasileira: “a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”, que passa obrigatoriamente por uma reforma política, a qual não pode ser feita por juízes.

É certo que a crise da democracia representativa não será solucionada apenas pela possibilidade de acesso à justiça. É preciso por sua vez ter prudência e equilíbrio na expansão desse comportamento ativista para que não ultrapasse os limites constitucionais com a supressão da vontade política da maioria que pelo poder do voto elegeu seus representantes.

2 A GARANTIA DE DIREITOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os direitos dos indivíduos resultam de uma construção social, de conteúdo ético, decorrente de processo histórico e dinâmico de conquistas, e da consolidação da dignidade humana.

Antes do reconhecimento dos direitos, as necessidades e as aspirações já eram objeto de articulações, resistências, reivindicações e pressões da sociedade. Sobre essa processualidade, Bobbio (1992, p. 45) salienta que o problema da realização dos direitos do homem,

não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.

Esse processo de consolidação de direitos tem origem em situações de transformação social e política, além de pautas definidas nacionalmente ou por acordos internacionais, do campo judiciário e da sua institucionalização.

Na concepção moderna desses direitos, está cada vez mais evidente seu reconhecimento não apenas como efetivação de direitos naturais, mas também como efetivação do direito instituído pelos próprios homens — o direito civil.

Já a garantia de direitos, na sociedade atual, é de responsabilidade de diferentes instituições que atuam de acordo com suas competências: as instituições legislativas nos diferentes níveis governamentais; as instituições ligadas ao sistema de justiça; aquelas responsáveis pelas políticas e pelo conjunto de serviços e programas de atendimento direto (organizações governamentais e não governamentais) nas áreas de educação, saúde, trabalho, esportes, lazer, cultura, assistência social; aquelas que, representando a sociedade, são responsáveis pela formulação de políticas e pelo controle das ações do poder público; e, ainda, aquelas que têm a possibilidade de disseminar direitos fazendo chegar a diferentes espaços da sociedade o conhecimento e a discussão sobre os mesmos: a mídia (escrita, falada e televisiva), o cinema e os diversificados espaços de apreensão e de discussão de saberes,

como as unidades de ensino (infantil, fundamental, médio, superior, pós-graduado) e de conhecimento e crítica (seminários, congressos, encontros, grupos de trabalho).

Ocorre que as ações destas instituições são localizadas e fragmentadas, não compoem um projeto comum que permita a efetividade de sua abrangência e maior eficácia no alcance dos principais objetivos buscados.

Dada a incompletude do âmbito das instituições para enfrentamento da complexidade das questões a serem enfrentadas, eis que surge o fenômeno denominado Judicialização da Política.

A judicialização da política está ligada a transformação de questões de natureza política em jurídica, principalmente no que se refere a direitos fundamentais e direitos sociais, cuja decisão, depois de provocada a prestação jurisdicional, passa a ser de competência do julgador.

Assim, a judicialização surge quando da ampliação da atividade do judiciário na análise e julgamento de temas ligados à atuação dos outros poderes (Executivo e Legislativo). Pode-se dizer que se trata de uma espécie legítima de controle/complementação da atividade dos outros Poderes de Estado pelo Judiciário, sob os ditames que regem um Estado democrático de direito.

Dessa forma, diante da evidente dificuldade do Estado em prover os serviços essenciais para a maioria de sua população, principalmente à mais carente, cumpre ao Poder Judiciário interferir de maneira a manter a integridade/efetivar os propósitos constitucionais.

No entendimento de Luiz Werneck Vianna, “o Judiciário torna-se, nesse sentido, a fronteira avançada onde se consolida não apenas a institucionalidade democrática, mas sobretudo, o largo processo de inclusão de novos seres sociais ao mundo dos direitos e da liberdade, do que resulta a infração crescente das demandas judiciais, do apelo indiscriminado à atuação do Judiciário, em uma escala que não cessa de ampliar” (1996, p.26).

2.1 A Proteção de Direitos Individuais e o Controle dos Atos Estatais

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 são instrumentos jurídicos para a proteção do indivíduo frente a atuação do Estado, proporcionando o básico necessário para que o indivíduo seja respeitado no seio social e tenha condições de uma vida digna (mínimo para a sua existência), conforme previsão do Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que trata da dignidade da pessoa humana, uma vez que os direitos fundamentais estão ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Tais direitos e garantias fundamentais estão descritos no título II da Constituição, se dividindo em capítulos sendo eles, os direitos e deveres individuais e coletivos (Artigo 5º), direitos sociais (Art. 6º ao 11), direitos da nacionalidade (Art. 12 e 13), direitos políticos (Art. 14 ao 16) e os partidos políticos (Art. 17), formando assim, o núcleo dos direitos e garantias fundamentais.

O surgimento dos direitos fundamentais deu-se em um processo evolutivo e gradual, através do surgimento de diferentes gerações de direitos, sendo elas: Direitos de Primeira Geração, marcado pelo surgimento dos direitos de liberdade; Direitos de Segunda Geração, que trouxe os direitos de igualdade entre os grupos sociais; Direitos de Terceira Geração, relacionados com valores de solidariedade ou fraternidade, como direito ao meio ambiente, consumidor e à autodeterminação dos povos, dentre outros; Direitos de Quarta Geração, voltados a proteção da vida, a partir da abordagem genética; e finalmente os Direitos de Quinta geração, o qual a doutrina mais moderna caracteriza como direito a paz, no sentido de paz mundial. Assim tem-se o que é hoje, a concretização dos direitos garantidos a todos os indivíduos.

Fato é que os Estados têm a incumbência de gerir os recursos e a administração pública, visando o bem comum e não os interesses pessoais dos governantes ou de minorias privilegiadas. Mas a história relata inúmeros casos em que os encarregados da direção da sociedade aproveitaram-se de suas funções para atuar em prol de interesses próprios ou de seus pares, em detrimento das necessidades e interesses da coletividade.

Diante disto, é essencial o estabelecimento de mecanismos de fiscalização e controle dos atos do Estado, a fim de que estes sejam exercidos dentro dos limites dos poderes delegados aos governantes, em busca de atender as demandas da sociedade.

Como resultado, muitos pensadores passaram a identificar formas de coadunar a existência do Estado com a tutela dos interesses coletivos, sendo necessário, para tanto, separar as funções estatais e criar mecanismos de controle para evitar os abusos de poder.

John Locke foi o primeiro filósofo a se opor ao poder absoluto dos reis, defendendo a limitação de sua autoridade pela soberania popular. Locke entendia que os direitos naturais dos homens são anteriores e superiores ao Estado, por isso esses seriam os limites da atuação Estatal (DALLARI, 1995).

Já o filósofo Montesquieu, em seu livro “O Espírito das Leis”, elabora a teoria da separação dos poderes do estado, onde o Estado era composto de três funções básicas: executivo, legislativo e judiciário, assim esses três Poderes (Funções) deveriam ser sistematizadas e funcionar de forma independente e harmônica, ou seja, cada um desempenharia sua função sem se imiscuir nas demais, pois desta forma, a própria organização do Poder Estatal evitaria o abuso de poder, já que os agentes políticos encontrariam limites na esfera de competência dos demais poderes.

É a partir deste momento histórico que se pode falar em Estado Democrático de Direito, onde os interesses pessoais dos governantes passaram a ser deixados de lado em prol do interesse público, ao tempo em que o povo passou a dispor de mecanismos para sujeitar o ente estatal à vontade da coletividade e ao respeito aos direitos individuais e coletivos.

Apesar de o Poder Estatal ser uno, indivisível, indelegável e imprescritível, em virtude de representar a expressão da própria soberania de uma Nação, ele se constitui das três funções distintas: função legislativa, função jurisdicional e função executiva, as quais, juntas, abarcam todo o exercício da vida social de um País.

A função legislativa é a atribuição do Estado de produção jurídica primária, regulando as relações sociais através de leis, que criam direitos e impõem deveres aos cidadãos de forma abstrata. A função legislativa é fundada única e diretamente no Poder Soberano do Estado.

Já a função jurisdicional constitui uma produção jurídica subsidiária dos atos primários, dando cumprimento às produções legislativas, através da composição de conflitos individuais e coletivos, agindo de regra através de prévia provocação da parte interessada.

E a função executiva constitui produção jurídica complementar, através da qual o Estado aplica as leis no caso concreto, promovendo a gestão e a administração da sociedade. Nessa função, o Estado coloca-se como parte dos seus atos, ainda que em supremacia frente aos administrados, já que tem o poder de agir através de decisões unilaterais, as quais impõem deveres a estes.

Esta última função abrange também a função política ou governamental, através da qual são determinados os fins e ações estatais, em seu conjunto (União) ou em suas unidades administrativas (Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal), constituindo no primeiro caso uma ordem superior de direção do ente soberano e no segundo caso uma ordem diretiva dos entes autônomos componentes do próprio Estado.

Sendo assim, verifica-se que cada um dos Poderes atua predominantemente no cumprimento de suas funções constitucionais determinadas no Título III da Constituição Federal, mas que também exercem, de forma secundária, as demais funções, quer em sua organização interna, quer de forma incidental, prevista pela própria Carta Magna.

2.2 Modelos de Jurisdição Constitucional

O direito constitucional brasileiro tem como princípio basilar a supremacia da constituição, visto a posição que a Constituição toma perante as demais leis, ou seja, diante deste princípio a Constituição é posta como Lei Maior, superior a todas as outras leis existentes no ordenamento jurídico. Por isso a Constituição é considerada norma rígida, assim, para sua modificação é necessário processo mais complexo do que o utilizado para as leis hierarquicamente inferiores. Estas últimas, por serem normas hierarquicamente inferiores, deverão sofrer controle para verificar a sua compatibilidade para com a Constituição.

No caso de as leis ou atos do poder público serem contrários à Constituição, será suscitada sua inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade da lei pode ser formal, quando ela não cumprir o processo exigido pela Carta Magna para sua criação, ou pode ser material, no caso do seu conteúdo, sua matéria, não respeitar os dizeres da Constituição.

O controle de constitucionalidade, até 1889, era exercido pelo poder moderador, ou seja, pelo próprio imperador. Era ele o responsável por fiscalizar os seus próprios atos e os atos do Poder Legislativo, órgão cuja função precípua é elaborar as leis do país.

Após a proclamação da República, houve necessidade de se alterar a Constituição vigente, posto que tal modelo jurisdicional não era adequado. Assim Rui Barbosa, responsável pela elaboração da nova Carta Magna, se inspirou nas ideias do modelo norte-americano do judicial review e dos freios e contrapesos, outorgando aos órgãos do Poder Judiciário a competência jurisdicional do controle de constitucionalidade brasileiro.

Já o controle de constitucionalidade na forma concentrada surgiu no Brasil em 1920 através da Constituição Austríaca, que conferiu a apenas um órgão do Poder Judiciário a competência de exercer o controle das leis, chamado de Tribunal Constitucional.

2.2.1 Controle Difuso

No Controle Difuso, qualquer pessoa da sociedade possui legitimidade para suscitar a qualquer órgão do Poder Judiciário, exceto o Conselho Nacional de Justiça, a inconstitucionalidade de lei. Por se tratar de um processo normal, as partes (Ministério Público, como fiscal da lei, o Juiz ou um terceiro que está no processo, mediante uma das modalidades de intervenção de terceiro), poderão suscitar a inconstitucionalidade.

Sendo declarada a incompatibilidade, a decisão, em regra, terá efeitos interpartes, ou seja, somente entre as partes, além disso, seus efeitos não serão retroativos (ex nunc).

2.2.1.1 Reserva de plenário

Neste tipo de controle a Constituição Federal de 1988, em seu art. 97, impôs uma condição à declaração de inconstitucionalidade de lei pelo controle difuso, no qual cada Estado que tiver no seu Tribunal mais de 25 julgadores, deverá constituir um Órgão Especial

para analisar e julgar, através de voto da maioria absoluta de seus membros, a incompatibilidade da lei (conhecido como Reserva de Plenário).

Além disso, é proibido que um órgão fracionário de Tribunal afaste a incidência de lei, como forma de se tentar declarar, de forma implícita, sua inconstitucionalidade. Tal prática, conforme Súmula Vinculante nº 10, viola o instituto da Reserva de Plenário.

2.2.1.2 O papel do Senado Federal

Já o papel do Senado Federal no controle difuso, é de caráter excepcional, conforme previsão do art. 52, X da Constituição Federal de 1988.

Quando em última instância se tem uma ação cuja causa de pedir seja pela inconstitucionalidade da lei e o STF, em decisão definitiva, assim decidir, poderá oficiar o Senado Federal para que este suspenda a sua execução, no todo ou em parte. Assim, decisão que anteriormente teria efeitos interpartes, passará a ter efeitos erga omnes.

Importante ressaltar que, de acordo com o entendimento da maior parte da doutrina e do STF, a competência do Senado Federal em suspender a execução de lei declarada incidentalmente inconstitucional é discricionária. Por ser discricionária, poderá declarar com base nos critérios de conveniência e oportunidade, podendo até, mesmo sendo declarada inconstitucional pelo STF, não suspender a sua execução. Caso isso ocorra, o STF terá competência para editar súmula vinculante (conforme o art. 103-A da Constituição Federal de 1988), desde que seja aprovada pelo quórum de dois terços de seus membros.

2.2.2 Controle Concentrado

O controle concentrado possui como modalidades a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIn por omissão) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

O órgão competente para julgamento dessas ações é o Supremo Tribunal Federal e sua decisão possuirá efeitos erga omnes e ex tunc.

2.2.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade

A ADIn poderá ser utilizada contra atos normativos federais e estaduais, que estejam contrários aos preceitos constitucionais. Esta ação tem como fundamento jurídico o art. 102, I, “a” da Constituição Federal de 1988, combinado com a Lei 9868/99.

São os legitimados ativos, conforme art. 103 da CF/88, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Os legitimados deverão demonstrar pertinência temática, ou seja, eles deverão comprovar a relação existente entre os mesmos e o dispositivo impugnado

2.2.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade

Caberá ADC em favor de leis federais, para declarar a sua compatibilidade com a Constituição Federal. Possui base o art. 102, I, “a” da CF/88, combinado com a Lei 9868/99 e legitimidade ativa equivalente à ADIn.

2.2.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Em se tratando de ADIn por omissão, será cabível para declarar a omissão de ato normativo. Tem escopo no art. 103, §2º, CF/88, combinado com a Lei 9868/99 e legitimidade ativa equivalente à ADIn, conforme disposto no art. 12-A da lei em questão.

2.2.2.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

No que diz respeito ao ADPF, será cabível, nos termos do art. 102, §1º da CF/88, combinado com a Lei 9882/99, nos casos em que houver violação de preceito fundamental por ato normativo e não-normativo (administrativo) do Poder Público federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição.

Esta ação, de acordo com o art. 4º, §1º da Lei 9882/99, tem natureza residual. Assim, se couber qualquer outro tipo de ação do controle concentrado, não caberá ADPF, mesmo nos casos de lei federal e/ou estadual que viole preceito fundamental.

O STF também entende que quando a norma não for recepcionada pela Constituição, ela será revogada (deixará de existir no ordenamento jurídico), por isso não caberá controle de constitucionalidade via ADIn. Também a cada Emenda à Constituição, as normas não recepcionadas serão revogadas, não cabendo ADIn. No entanto, nessas situações caberá ADPF, pois, em se tratando de ADPF, lei não recepcionada é lei inválida, cabendo, portanto, a inconstitucionalidade da lei, pois ela é incompatível com a Constituição Federal.

2.2.2.5 A figura do *Amicus Curie*

O Amicus Curie, também conhecido como o Amigo da Corte, ainda é uma figura um pouco desconhecida e controvertida. Ele atua em ações do controle concentrado, isto é, nas ADIn's, nas ADIn's por omissão e nas ADC's, e é a possibilidade de manifestação de um Órgão ou Entidade que tem interesse em identificar os valores que a norma constitucional pretende tutelar. A atuação, contudo, nas ADPF's ocorrerá de forma excepcional e desde que configure as hipóteses de cabimento.

Muito embora, conforme expõe o art. 7º da Lei 9868/99, não se admitir espécie alguma de intervenção de terceiros nas ações do controle concentrado de constitucionalidade por se tratar de uma demanda objetiva, ou seja, não existir de fato as figuras do autor e do réu, o próprio dispositivo art. 7º, em seu §2º, destacou a possibilidade do amicus Curie caso haja, na visão do relator, a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Pacificou-se, portanto, que não se trata de intervenção de terceiros a atuação do amicus Curie.

2.2.2.6 O papel do Procurador Geral da República

O Procurador-Geral da República (PGR), chefe do Ministério Público da União (art. 128, §1º, CF/88), atua em todas as ações do controle concentrado, não só como um dos legitimados ativos (art. 103, VI, CF/88) universais, mas também como fiscal da lei (art. 103, §1º, CF/88). Nesta última função, o PGR será sempre escutado antes do julgamento da ação, segundo o qual emitirá um parecer sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma, ou seja, o PGR atuará desvinculada e independentemente.

2.2.2.7 O Advogado Geral da União

O Advogado Geral da União (AGU) atua como o “advogado da lei”, isto é, ele ocupa a posição de órgão defensor da constitucionalidade da norma que está sendo questionada perante o STF (art. 103, §3º, CF/88), tendo em vista que o papel fiscalizador e opinativo é exercido pelo PGR, como abordado acima. Então o AGU atua somente nas ações diretas de inconstitucionalidade, nos casos em que há uma óbvia e evidente ameaça a presunção de inconstitucionalidade da lei.

Muito se questiona a atuação do AGU nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Porém, com as alterações na lei 9868/99, tornou-se expresso a possibilidade de o relator da ação solicitar a manifestação deste órgão nos casos em que há uma omissão parcial da norma.

2.3 O Surgimento do Ativismo Judicial

A expressão “ativismo judicial” foi mencionada pela primeira vez em uma notícia veiculada na revista americana *Fortune*, pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr., em artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, onde ele fez uma análise do perfil dos juizes da Suprema Corte norte-americana, denominando alguns deles de ativistas judiciais e outros com postura de autolimitação, conforme suas tendências liberal ou conservadora na atividade judicante.

A partir daí a expressão passou a ser utilizada nos Estados Unidos por alguns constitucionalistas, como forma de criticar o comportamento judicial não correspondente com a opinião judicial dominante.

Logo o ativismo judicial espalhou-se pelo mundo, adquirindo contorno maior na atualidade, em função do avanço da Jurisdição Constitucional e da constitucionalização dos direitos, sobretudo a partir do período pós-guerra. Para Luís Roberto Barroso:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo

administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição para a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação do Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais (Barroso, 2012, P. 364-365).

O famoso caso *Madison versus Marbury*, ocorrido nos Estados Unidos no ano de 1803, é considerado o precedente do Ativismo Judicial, em que a Suprema Corte americana exerceu pela primeira vez o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis consideradas inconstitucionais, sem que, contudo, houvesse expressa previsão constitucional para tanto.

Na discussão sobre o empossamento de William Marbury como juiz de paz, de acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do *Chief Justice* Marshall, afirma que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte. É *declarada inconstitucional*, portanto, a seção 13 do *Judiciary Act* – que atribuía competência originária à Suprema Corte para tanto -, sob o fundamento de que tal disposição legislativa ampliava sua atuação para além do que havia sido previsto constitucionalmente, no *Article III*. Com isso, *por uma decisão judicial* no julgamento de um caso, surgiu o controle de constitucionalidade (judicial review) norte-americano. Refira-se: a Constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso. Dá-se início, assim, às discussões sobre *ativismo judicial* em solo norte-americano (TASSINARI, 2013, p.23).

Assim, entende-se que o Ativismo Judicial teve na jurisprudência norte-americana as suas origens, sendo num primeiro momento, com uma tendência conservadora, encontrando na Suprema Corte atitude proativa em defesa da segregação racial e para a invalidação de leis sociais em geral. Já a partir da década de 50, observou-se uma inversão, quando se passou a produzir jurisprudência progressiva, voltada à realização de Direitos Fundamentais, em especial em defesa dos afro-americanos.

Em seguida os fenômenos do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política se consagraram também pelo restante do mundo, sobretudo no período pós-guerra, com a emergência de Estados Democráticos de Direitos, balizados por Constituições de conteúdo principiológico e com ênfase nos Direitos Fundamentais.

Necessário ressaltar que muito embora o Ativismo Judicial tenha sua origem no modelo norte-americano (*Common Law*), tal não constitui reserva deste sistema, tendo em conta o advento do Neoconstitucionalismo, que comina textos fundamentais dotados de forte conteúdo valorativo, com novas práticas jurisprudenciais, que dão espaço a técnicas interpretativas próprias aos princípios constitucionais, tais como a ponderação, a razoabilidade e a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, entre outras.

Boaventura de Sousa Santos assinala que:

“o fenômeno do Ativismo Judicial no mundo se evidenciou mais a partir do final da década de 80, não só nos países latino-americanos, mas também europeus, africanos e asiáticos, cujo favorecimento não se destina apenas à forças políticas conservadoras ou progressistas, mas também à constitucionalização de direitos ordinários de garantia aos cidadãos”. (SANTOS, 2011, P. 22).

Conclui-se assim que o Ativismo Judicial não está restrito a certos países, mas trata-se de tendência global, apontando o avanço do Judiciário na política e nas relações sociais. Isso, contudo, deve encontrar limites na própria Constituição, como garantia do princípio democrático e da harmonização das relações entre os Poderes.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

No Brasil, o ativismo judicial é influenciado pelo sistema jurídico norte-americano da “common law”, no qual a atuação do judiciário na produção das leis é evidentemente mais ativa.

Para Eduardo Cambi:

O pós-positivismo jurídico, ao resgatar a força normativa dos princípios constitucionais, bem como a moderna hermenêutica jurídica, que ressalta sempre o papel criativo do intérprete, reforçado pelas técnicas legislativas que cada vez mais adotam cláusulas gerais (como as da boa-fé e das funções sociais do contrato e da propriedade), permitem concluir que o juiz, ao atribuir sentido o texto da Constituição ou da lei, constrói a norma jurídica no caso concreto (CAMBI, 2008. p.105)

A jurisdição pró-ativa decorre de uma hermenêutica mais atuante do judiciário, na análise do caso concreto, desvinculando a simples subsunção do fato à norma, autorizando o aplicador (juiz), a exercer atividade interpretativa e argumentativa ampla, no momento da aplicação da lei.

Também a promulgação da constituição de 1988, possibilitou a expansão da jurisdição mais ativa, por via dos controles de constitucionalidade, muito embora houvesse a previsão deste controle desde a constituição de 1891, mas cuja aplicabilidade ainda era deveras restrita, uma vez que somente o Procurador Geral da República tinha legitimidade para se utilizar desta prerrogativa.

Conforme Luiz Roberto Barroso:

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (BARROSO, 2021. p.23).

Foi a partir desta alteração constitucional, que os juízes passaram a exercer o controle de constitucionalidade da norma de forma incidental, isto é, ao se depararem com

inconstitucionalidades, o aplicador pode reconhece-la e deixar de aplica-la, sem a necessidade da propositura de ação específica para isto.

3.1 O Déficit Democrático dos Sistemas Representativos

A crise de participação democrática não é tema novo no Brasil e nem mesmo no restante do mundo. Os cidadãos têm virado as costas às instituições democráticas, demonstrando não acreditar que estas possam ter um comportamento funcionalmente adequado, bem como não representam as demandas sociais, visto não conseguirem, mesmo que minimamente, estimular qualquer forma institucionalizada de participação destas pessoas na vida política do país.

Conforme doutrina Rodolfo Pereira Viana, tal movimento acaba por configurar o próprio retrocesso democrático:

[...] há algo como um círculo vicioso no qual a dificuldade em gerar estímulos representativos por parte do sistema conduz ao alargamento do descompasso entre esfera pública e domínio privado e que, por sua vez, reforça a atitude de afastamento do sistema político. (PEREIRA, 2008, p. 138).

Dentre os muitos fatores que contribuem para o déficit democrático dos sistemas representativos, pode-se destacar: a exclusão social; a carência de motivação e programas políticos e a impotência política.

A exclusão social, que atinge basicamente os mais miseráveis, provoca o enfraquecimento do “sentimento de valor próprio” e a exclusão sociocultural dos cidadãos que vivem nessas condições, favorecendo a apatia política – a qual interessa aos atores dominantes da sociedade, pois contribui com a manutenção do status quo, além de deslegitimar os governos, constituindo uma ameaça à própria democracia, pois esvazia o seu conteúdo (MÜLLER, 2005, p. 2-3, 6-7). Aqueles que vivem “à margem da sociedade”, não acreditam que têm poder para interferir no processo político, e acabam por se render ao clientelismo ou simplesmente se conformam com sua condição de excluídos.

Ainda há que se considerar a questão do desemprego e do subemprego, cuja insegurança gerada, compromete a participação política, ou seja, aqueles que não têm segurança sobre as condições de sobrevivência, própria e da família, não se envolvem em projetos coletivos e transformadores. Para Bauman (2000, p. 179-182), “tirar os pobres da miséria não é apenas uma questão de caridade, consciência e dever moral, mas condição

indispensável (embora apenas preliminar) para reconstruir uma república de cidadãos livres a partir do deserto que é o mercado global”.

Assim, a questão da miséria deve ser analisada também pelas suas consequências políticas, não apenas sob as perspectivas da moral, caridade e insegurança. Aqueles que vivem sob esta condição têm sua liberdade política reduzida, e o elemento fundamental dessa condição pode ser creditado ao desemprego.

Percebe-se também uma redução das alternativas político-programáticas, pois os partidos políticos tem perdido sua ideologia, tendendo a um alinhamento ao centro, enquadrando-se dentro de limites “viáveis”, e assim deixando de apresentar programas políticos significativamente diferenciados, provocando uma crise de motivação para a participação política.

Esta situação gera desinteresse dos cidadãos em participar das instituições representativas, pois os círculos que de fato tomam as decisões que lhes afetam, estão distantes e não há verdadeiras “escolhas” a serem feitas, dando origem a um fenômeno denominado *judicialização da política*, onde procura-se no Judiciário uma alternativa para os problemas não atendidos pelo Governo e pelo Parlamento.

Wenecke Vianna (2002) também utiliza o diagnóstico do déficit democrático para apontar a dissociação entre as instituições do governo e o conjunto de opiniões e interesses em circulação na sociedade. E embora Werneck Vianna valorize as conquistas institucionais por que vem passando o país e reconheça a potencialidade organizacional da sociedade, não se furta em apontar o risco de que o desencontro entre essas dimensões leve a uma excessiva formalização de procedimentos, com pouca abertura às demandas e expectativas do público de massa, terminando por minguar a recém iniciada dinâmica liberdade-direitos. (WERNECK VIANNA, 2002, apud CARVALHO, 2002, p. 310).

Desta forma, para reduzir o déficit democrático das instituições representativas é preciso buscar novos modelos institucionais, além de alternativas políticas que sejam capazes de mobilizar os indivíduos, vinculando-os a projetos voltados ao coletivismo.

Ainda que o Estado desempenhe papéis relevantes, a capacidade de atender as demandas da sociedade, pela efetivação de direitos sociais, parece estar comprometida, pois questões fundamentais aos cidadãos estão aquém das ações das instituições representativas,

gerando o que Dowbor define como “a percepção de que se vive uma crise de impotência da política” (DOWBOR, 2009, p. 618).

Desta forma, mesmo que os processos de formação de opinião e de decisão do povo e seus representantes seja um processo democrático, a impossibilidade de executar os projetos gera o déficit democrático que se percebe atualmente. Ressalta-se aqui a grande influência de situações globais (principalmente as de vínculo econômico), nas quais as instituições representativas internas têm pouca influência.

3.2 A Responsabilidade Política do Juiz

A função do juiz, que já se restringiu a realizar a vontade geral e abstrata da lei, na resolução da lide, tem se mostrado mais atuante nas democracias modernas. A inatividade do Poder Legislativo pode ser considerada a principal causa do alargamento da ação do Poder Judiciário, permitindo ao Juiz ser criativo, principalmente no âmbito dos chamados “conceitos indeterminados”, inspirando-se em considerações de ordem extrajurídica como os usos e costumes, e dados sociológicos e econômicos, vinculados à realidade expressa no processo.

A lei deixou de ser uma diretiva limitadora e sem possibilidades de adaptação ao Juiz. Ela não o obriga mais, pois o magistrado pode eleger, dentre as normas disponíveis, a que considere mais adequada entre as interpretações possíveis, para aplicação ao caso concreto.

Duas são as correntes que discutem a relação Direito e Política: a dos substancialistas e a dos procedimentistas. Para os substancialistas, cujos principais defensores são Dworkin e Cappelletti, o Poder Judiciário pode criar direito por meio de suas decisões, caracterizando uma interpretação construtiva, que tem caráter precedente, conforme explica Kelsen:

A função criadora do Direito dos Tribunais é especificamente manifestada quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais estão autorizados não apenas em aplicar Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo.

A corrente substancialista admite a invasão da política pelo direito, entendendo que os juízes devem aplicar a Constituição de forma dinâmica, por meios de argumentos políticos, tratados estes como questões de princípios de moral e de política.

A outra corrente, procedimentalista, que tem como principais representantes Garapon e Habermas, questiona a atuação do judiciário em questões políticas, e os riscos desta atuação comprometer a democrática, por isso as mudanças políticas devem ser discutidas por meio de processos participativos. Ao efetivar as promessas da democracia por meio do judiciário, judicializa-se a política, o que dificulta a construção de um espaço público de debate político democrático.

Para esta corrente, o papel do judiciário é apenas o de estabelecer as regras do jogo político, assegurando igualdade de participação e a garantia dos instrumentos de acesso à arena política. Neste sentido entende Hamel:

Um dos propósitos do procedimentalismo democrático é ressaltar a legitimidade do controle jurisdicional da Constituição, além de imprimir o aprimoramento da gênese de construção democrática das leis. A superação do receituário neoliberal, em prol de maior justiça social, cidadania e fortalecimento democrático dependem de procedimentos democráticos contundentes, cuja efetivação pode ser trabalhada a partir da Teoria do Discurso, onde o Direito assume o importante papel de garantir os meios procedimentais de participação democrática na gênese democrática das leis, garantindo a legitimidade do direito oriundo da modernidade. A autonomia privada garantida pela autonomia pública do cidadão na esfera pública (HAMEL, 2010, p.162).

Ainda há o temor de que o judiciário sobreponha os outros poderes de forma não controlada, representando significativo prejuízo para a separação de poderes. Além disso, ao controlar e garantir as liberdades públicas, o judiciário pode se tornar a mais alta instância moral da sociedade, como preconiza Ingeborg Maus.

Assim, o modelo de Estado Liberal era regido pelo governo das leis, sendo o juiz mero aplicador da lei, já no modelo de Estado Social, houve o fortalecimento do Poder Judiciário por meio da Jurisdição Constitucional, criada por Kelsen na Áustria, e utilizada nos Estados Unidos, no caso paradigmático da decisão prolatada por *Marbory*.

A partir destes elementos o juiz têm novas funções, mas estas somente são reconhecidas diante do Estado Democrático de Direito, frente a uma crise do dogmatismo positivista, vendo-se que este não consegue mais acompanhar a velocidade das mudanças das sociedades modernas.

Desta forma o juiz usar-se-ia de suas funções, criando direito por meio de suas decisões. O Judiciário assim ganha legitimidade, com o aceite das sociedades, para intervir como sendo o “guardião das promessas” previstas nos Textos Constitucionais, dos Direitos Fundamentais a serem assegurados, assim podendo este “órgão” intervir com suas decisões diante das demais esferas políticas do Estado, onde o Judiciário deixa de ser um ente pacífico

e passa a buscar a realização de uma politização do Direito afetando desta forma a conjuntura política das democracias contemporâneas.

Esse novo quadro judiciário, é tido como Ativismo Judicial.

3.3 Ativismo Judicial e o Limite Interpretativo

Preservar o equilíbrio entre os Poderes é premissa para o Estado Democrático de Direito, por isso o exercício da atividade jurisdicional deve estar atenta aos limites, no âmbito do ordenamento jurídico.

O Ativismo Judicial possui limites na Constituição, onde os dispositivos são traduzidos por Princípios que permitem a discricionariedade do julgador, pois possuem conteúdos abertos e indeterminados.

Para Barroso:

É indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade para a tutela dos valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade (BARROSO, 2009, p. 392).

Na visão de Lenio Streck:

... os padrões hermenêuticos fixados pelos princípios devem preservar a autonomia do direito; possibilitar o controle da interpretação constitucional; garantir a coerência e a integridade do direito; estabelecer como dever a fundamentação das decisões judiciais e garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada à luz da Constituição, assim como assegurar condições para que possa ser aferida se o acerto da decisão está em conformidade adequada à Constituição (STRECK, 2012, p. 104-105).

Assim cabe ao juiz encontrar a resposta adequada à Constituição, através da construção histórica do direito, baseada em conceitos pré-concebidos, inserindo o caso concreto no rol de previsões do direito.

Desta forma, Lenio Streck entende que:

A decisão jurídica não se trata de um processo de escolha do julgador entre diversas possibilidades para a solução de uma demanda. A interpretação no caso deverá ser

estruturada diante da mais adequada, nos moldes do sentido do direito idealizado pela comunidade política.

Já Dworkin adverte que:

A interpretação do Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que form que pensa que deveria estar lá, pois o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor.

Sendo assim, os limites do Ativismo Judicial na construção do direito em um regime democrático, deve estar pautado pelo respeito aos demais poderes (Executivo e Legislativo), tanto na criação das leis, como na administração pública, sem comprometer o controle de constitucionalidade e a garantia efetiva dos direitos fundamentais.

Conforme Barroso:

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substanciais do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça (BARROSO, 2011, p. 289-290).

Então o Ativismo Judicial deve ser exercido de forma equilibrada, respeitando posições majoritárias, representadas pelo Parlamento eleito, e das posições contramajoritárias, neste caso representadas pelas minorias que não têm participação política legislativa. Tal equilíbrio representa o consenso entre Jurisdição e Democracia, alcançado pela observação à Constituição.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou apresentar pontos relevantes da histórica, desde a antiguidade, quanto a ideia de separação dos poderes do Estado, na visão de autores como Aristóteles, Locke e Montesquieu, até chegar ao entendimento mais moderno.

Também foram apresentados diferentes contextos entre a tripartição de poderes no estado liberal (direitos fundamentais de 1ª Geração), até chegar ao atual estado democrático de direito, que prevê uma série de prestações positivas do estado ante a contínua evolução da atividade legislativa típica no sentido de criação de direitos.

Na concepção liberal o Poder Judiciário ocupava posição secundária em relação aos demais poderes, pois sua função era apenas assegurar a concretização da vontade manifesta do poder legislativo (surge a expressão do juiz como “boca da lei”). No entanto, diante da expansão dos ordenamentos jurídicos, muitas são as leis conflitantes, de modo que a complexidade da atividade judicial cresce continuamente.

Ainda há a questão dos conceitos jurídicos amplos ou indeterminados ou de textura aberta, e sua importância na formação das decisões, pois conferem maior discricionariedade ao julgador, especialmente diante da evolução da hermenêutica jurídica, que acompanhou a complexa evolução do Direito, possibilitando diferentes interpretações às normas abstratas.

Diante disto, o poder judiciário passou a ter mais representatividade na sociedade, pois conseguiu “conceder” direitos aos cidadãos, que outros poderes ignoraram.

Cabe ressaltar que mesmo tendo como parte das suas obrigações, a de suprir omissões e falhas legais, em casos concretos, a atuação excessivamente proativa do judiciário conduziu ao fenômeno da judicialização da política, passando a ser a primeira opção não somente para resolução das demandas em face do direito já posto, mas também para a criação de direitos em observância aos desejos sociais, gerando a multiplicação de processos.

Nesse sentido, é preocupante a posição do poder judiciário nas discussões da sociedade, principalmente nas que dizem respeito às atribuições do poder legislativo, onde devem prevalecer os debates, em espaços democráticos e de diálogo. Nestas situações é que ocorre o fenômeno do ativismo judicial.

Fica difícil, portanto, estabelecer se e em que circunstâncias o ativismo judicial pode ser danoso à sociedade e ao próprio poder judiciário, bem como a sobrecarga que gera ao sistema judiciário, que também passa a ser incumbido de interpretar as mudanças sociais e a criação do direito, além de exercer sua típica atividade de aplicá-lo.

Necessário pontuar também as constantes omissões do Poder Legislativo, que deixa de exercer as suas funções típicas nas ocasiões em que são mais solicitadas e necessárias, transferindo essa incumbência ao poder judiciário, até como uma forma de evitar a sua indisposição com determinados grupos sociais de influência, importantes para a base política de cada parlamentar, fazendo com que o povo busque no poder judiciário a efetivação das mudanças sociais.

Por fim, é fundamental lembrar o princípio democrático básico de que as regras devem ser aplicadas por órgãos diferentes dos que as criam, caso contrário, se está a um passo do autoritarismo e da monopolização da vontade social por um seletivo grupo de pessoas, que nesse caso sequer necessitam prestar satisfações de suas interpretações e posições ideológicas.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: O Desafio Histórico da Consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil*. 2. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAÚJO, Elizeu Serra. *As reformas da previdência de FHC e Lula e o sistema brasileiro de proteção social*. v. 13. São Luiz: Revista Políticas Públicas, 2009.

ARISTÓTELES. *A Política* – Coleção Fundamentos da Filosofia. 1ª Edição. Editora Ícone, 2017.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fragale; LOBAO, Ronaldo (Org.). *Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidade da norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Ceará: THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, S.d. pg. 23. Disponível em < <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 mar. 2020.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocedimentalismo. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Bahia: Revista 2008.2 – 17 – Professor Luiz de Pinho Pedreira. 2008. Disponível em:

<https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf>

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro et al. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. Reimpressão, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DORST, Daeane Zulian. GAGLIETTI, Mauro José. SALVADOR, Cassio Contarato. A Postura Proativa do Poder Judiciário: Ativismo Judicial. Brasília: Revista do Mestrado em Direito. 2015. p. 69.

DOWBOR, Ladislau. *A crise financeira sem mistérios. Convergência dos dramas econômicos, sociais e ambientais*. São Paulo: 2009. Disponível em: <<http://dowbor.org/criseseemmisterios8.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. (Trad. Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HAMEL, Marcio Renan. *Judicialização da política: um ensaio sobre o procedimentalismo deliberativo na jurisdição constitucional brasileira*. Revista Direito e Práxis – UERJ, vol. 01, n. 01, Rio de Janeiro - RJ, 2010. Disponível em: <https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1146>

HAMON, Francis. TROPER, Michel. BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLANDA, Francisco; *Do liberalismo ao neoliberalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

IRIARTE, Gregório. *Neoliberalismo sim ou não? Manual destinado a comunidades, grupos e organizações populares*. São Paulo: Paulinas, 1995.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. *Os Artigos Federalistas 1787 – 1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1987.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. *Estado de Direito Social*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5494>>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In: Novos Estudos Cebrap, n.58, novembro de 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MULLER, Friedrich. *Democracia e exclusão social em face da globalização*. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 7, n. 72, p. 1-10, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/PDF/Friedrich_Rev72.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020.

OPPENHEIMER, Franz. *The State*. New York: Vanguard Press, 1926.

REALE, Miguel. *Da revolução à democracia*. 2ª ed. São Paulo: Convívio, 1977.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Ativismo Judicial: Autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?* In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO Marcelo. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JUSPODIVM, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. *Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e Política*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOUZA, Nilson. *O Colapso do Neoliberalismo*. São Paulo: Editora Global, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck. *O Perfil do Magistrado Brasileiro*. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1996.

WERNECK VIANNA, Luiz et al. O Perfil do Magistrado Brasileiro. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1996.

WERNECK VIANNA, Luiz (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.